

Bavar.

1264

Bar.

264.



**BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.**

R

Wissenschaftliche Begründung

Geographischer Atlas

Einige Beispiele

Beispiel 1: Die Weltkarte

Die Weltkarte zeigt die Verteilung der

Landmassen

und der Meere

und die Grenzen

der Gebirge und der Flüsse

Die Weltkarte zeigt die Verteilung der

Landmassen und der Meere

und die Grenzen der Gebirge und der Flüsse

Die Weltkarte zeigt die Verteilung der

Landmassen

und die Grenzen der Gebirge und der Flüsse

Die Weltkarte zeigt die Verteilung der

Ueber die
widerrechtliche Begünstigung
ausserehelich
geschwängelter Mädchen.

Eine Revision
der
baierischen Schwängerungs - Geseze.
Mit besonderer Hinsicht
auf das
gemeine Recht
und die neueren
Gesezgebungen anderer Staaten.

Von
Johann Georg Hofinger,
der Philosophie und der beiden Rechte Doktor.

Landshut,
bei Philipp Krüll, Universitätsbuchhändler.
1817.

A n s i c h t e n

über das

Rechtliche

bei

aufserehelichen Schwängerungen.

R
Von

Johann Georg Hofinger,

der Philosophie und der beiden Rechte Doktor.

Landshut,

bei Philipp Krüll, Universitätsbuchhändler.

1817.

Bayer. Staats-
Bibliothek
München

Meinem lieben Freunde

P a s t e r.

Du mußt mir zu Gevatter stehn Freund! mußt meinem Erstgeborenen Deinen Namen leihen, mußt es an Deiner Hand in die Welt geleiten! — Wer anders sollte mir diesen Liebes-Dienst erweisen? — Niemand hat es ja noch so recht gut gemeint mit mir. Abgefallen sind sie — — Alle — — die sich einst meine Freunde — nannten. — Zerstreut in die Welt haben sie sich insgesamt und gedenken meiner nicht mehr. — Was Wunder doch! Auf der ersten Stufe der Himmels-Leiter stehend, können wir nur zweierlei: Aufschlagen das Auge nach Oben und es fixiren in dieser heiligen Richtung, oder es senken zur Erde. —

Das Erste ist nicht Jedermanns Sache.
Wer nicht klettert der sieht nicht. —
Klettern aber macht Mühe, und sich
Mühe geben wollen nur Wenige. —
Das Schielen nach dieser Himmelsgegend
können sie nun doch nicht lassen, so
lange sie noch auf der Stufe stehen,
und sie blinzeln und blinzeln daher so
lange, bis ihnen ganz und gar die Au-
gen vergehen und sie nun auch auf ih-
rem niedern Standpunkte sich nicht mehr
halten können. — Wahre glebae ad-
scripti — wie sollten sie noch Sinn ha-
ben für etwas anderes als für ihr täglich
Brod! — Wie sollten sie — wesenlose
Truggestalten — sich nicht ganz verlie-

ren in ihren Tand und Flitter — Kinder-
spiel — ! Laß sie also ziehen in Frie-
den ! Laß sie sich mühen und sich zer-
arbeiten in zweckloser, lächerlicher Ge-
schäftigkeit ! — Laß sie verfolgen ihre
eigene Nichtigkeit ! — Bist ja Du mir
geblieben — Ersatz für tausend solche
Schwächlinge ! geblieben Du , Geliebter
mir von Kindesbeinen an. — — —
Bleib es bis ans Ende meiner Tage ! —
Hier meine Hand — Schlag ein — Es
gilt — — — Auf Ewigkeit. — —

Vorerinnerung.

Es gibt wohl wenige Rechts-Verhältnisse, bei welchen das Rechtliche und Moralische auf so mannigfaltige Weise sich durchdringen, so enge in einander verwebt und durchschlungen sind, als dieses bei außerehelichen Schwängerungen der Fall ist. Es wird daher auch wenige Rechtslehren geben, welche von dieser Seite eine vorsichtigere Behandlung erheischen, wenige, wobei man so sehr in Versuchung geräth, durch ein lebendiges Moralgefühl von dem Rechtswege sich abführen und irreleiten zu lassen. — Diese Beschaffenheit der Sache, welche man bisher viel zu wenig bedacht zu haben scheint, ist vielleicht Ursache, warum man bis zur

Stunde so wenig Rücksicht auf dieses Kapitel der Rechtswissenschaft genommen, warum man die durch graues Alter autorisirten Inkonsequenzen, die hierin sich eingeschlichenen schreienden Mißbräuche und auffallenden Rechts-Ungereimtheiten auch in der neuern Zeit entweder nicht wahrgenommen, oder sich gescheut hat, sie als solche vor der Welt Augen kek und offen hinzustellen. — Das strenge Recht kommt hiebei mit dem zartern Moralgeföhle, der Jurist mit dem Menschen, in einen schmerzlichen Gegensatz, und man wollte daher lieber die besonnene Kälte, die gerühmte Gleichgültigkeit des Juristen für dießmal bei Seite sezen, um nicht wehe — vielleicht sehr wehe — zu thun; man meinte die Gerechtigkeit zu versöhnen, indem man Unrecht that. — Die ganze Lehre von außer-ehelichen Schwängerungen ward auf solche Weise verzehrt in ein zwiespaltiges Unding, verwandelt in einen juristischen Wechselbalg, der, auf beiden Seiten anstreifend, weder dem Moral- noch dem Rechtsgebiete angehörte, wiewohl er mit verstellter Scheinlichkeit und geborgtem Schimmer die Miene der Rechtlichkeit sich zu geben wufste. — So ist die Sache bis auf den heutigen Tag

geblieben, und es dürfte daher gegenwärtig wohl höchste Zeit sein, dieser verkrüppelten Theorie eine auf Rechts-Grundsätzen gebaute, auf sich selbst beruhende und durch sich selbst begründete Rechts-Lehre entgegen zu setzen; höchste Zeit sein, dieser sonderbaren, ärgerlichen Verwirrung von Recht und Billigkeit, oder richtiger von Recht und Unrecht, ein verdientes Ende zu machen, und Bestimmungen zu geben, welche, ein Theil des Ganzen, Einheit und Festigkeit, und hiemit — Gerechtigkeit — in sich haben.

Diese Erkenntniss zu begründen, oder doch nach Kräften zu ihrer völligen Entwicklung beizutragen, ist die Pflicht eines Jeden, der sich zu solchem Berufe einigermaßen geschickt fühlt; eine Schrift also, welche, nicht dem Bedürfnisse mit einem Male abzuhelpen, sondern mehr nur darauf hinzuweisen, und aufmerksam zu machen, als besondern Zweck sich vorgesetzt hat, ganz gewiss durch die Zeit dringendst gefordert.

Ich wage es hiemit, dem Publikum einen Versuch der Art vorzulegen; mehr, wie gesagt, in der Absicht, diesen Gegenstand

zur Sprache zu bringen, als denselben ausführlich zu behandeln, und ihn nach allen seinen Seiten zu begründen. Vorläufig genügt es, die Sache nach ihren Hauptmomenten gewürdigt, die Inkonsequenzen gerügt, die Unförmlichkeiten anschaulich gemacht, das Mangelhafte und Fremdartige einstweilen gemarket und ausgeschieden zu haben; es genügt vor der Hand, sage ich, mehr negative zu verfahren, und den Irrthum und die Mißbräuche vorerst auszumerzen; denn ist dieß gelungen, dann hat man für die Wahrheit freies Feld, und so gut als gewonnen Spiel.

Meine eigentliche Absicht bei vorliegender Schrift geht daher dahin:

1) Die Inkonsequenz, das Mangelhafte und Unvollständige, ja die Widerrechtlichkeit der bestehenden Geseze, insbesondere der baierischen, nach den drei Hauptmomenten des Schwängerungs-Prozesses, Paternität, Alimentazion und Satisfaktion, ins helle Licht zu stellen, und hiedurch die Nothwendigkeit einer authentischen Revision derselben einleuchtend zu machen.

2) Die Mißbräuche und die Willkühr der Praxis hervorzuziehen und zu beleuchten. Insbesondere aber

3) zu beweisen, daß die bisher allenthalben eingedungene und von den baierischen Gerichten ohne Anstand zuerkannte Deflorations- oder Satisfaktions-Gebühr geschwängelter Mädchen nicht nur nicht juristisch gerechtfertiget werden könne, sondern daß selbige nach dem baierischen jetzt geltenden Zivilgesetzbuche, so wie noch mehr nach neueren hieher einschlägigen gesetzlichen Verordnungen schlechthin widerrechtlich sei, und gegen das ausdrückliche Gesetz bis zur Stunde gerichtlich zugesprochen werde. — Zugleich aber glaubte ich

4) meinen Lesern einen Gefallen zu erweisen, wenn ich hie und da bei sich ergebenden Veranlassungen vergleichende Blicke sowohl auf das gemeine Recht, als auch auf die neuern hieher bezüglichen Bestimmungen anderer Gesetzgebungen, namentlich des österreichischen, preussischen und französisch - napoléonischen Landrechtes, werfen würde. —

Nach diesen Gesichtspunkten habe ich das Ganze mit freier Ansicht entworfen, habe redlich das Meinige gethan, den Gözen vom Richterstuhle zu stürzen, und die heilige Göttin auf ihren rechtmässigen Thron wieder zu erheben gesucht.

Dieses Ziel verfolgend glaube ich sonach meinen Lesern am Eingange der vorliegenden Schrift zurufen zu müssen, was Matthäus im 5^{ten} Kapitel 17^{ten} Vers ausspricht:

„Denket ja nicht, daß ich gekommen sei,
„um das Gesez und die Propheten aufzuhe-
ben: ich bin nicht gekommen, sie aufzu-
heben, sondern sie vollgültig zu machen.“

Landshut am 17^{ten} Mai 1817.

Der Verfasser.

I n h a l t.

Einleitung.

Erste Abtheilung.

Ueber die Vaterschaft.

Erster Absatz.

Bemerkungen über das baierische Paternitäts-gesetz überhaupt.

Zweiter Absatz.

Ueber den Beweis der Paternität insbesondere.

Erster Unterabsatz.

Ueber das Beweis-Thema.

Zweiter Unterabsatz.

Beweises - Art und Beweis-Mittel.

Zweite Abtheilung.

Alimentazion des Kindes.

Erster Absatz.

Alimentazions - Verbindlichkeit.

Zweiter Absatz.

Alimentazios - Quantum.

Dritter Absatz.

Grundsätze über Alimentazions - Leistung.

Dritte Abtheilung.

Ueber Satisfakzion.

Erster Absatz.

Umfang der hieher einschlägigen baierischen Gesetzesstelle.

Zweiter Absatz.

Erläuterung der gegebenen Ansicht.

Erster Unterabsatz.

gehört die außereheliche Begattung überhaupt zu jenen Gegenständen, worüber man nicht einwilligen kann?

Zweiter Unterabsatz.

Kann ein gesetzliches Verbot des außerehelichen Beischlafes hieran etwas ändern?

Dritter Unterabsatz.

Allgemeine Rechtsgrundsätze bestätigen die aufgestellte Ansicht.

Vierter Unterabsatz.

Ueber die Kraft und Gültigkeit der Kreitmaierischen Anmerkungen.

Fünfter Unterabsatz.

Neueres Recht.

Dritter Absatz.

Ungeschriebenes Recht.

Einleitung.

Wer immer auch nur ein wenig Gelegenheit gehabt hat, in Gerichts-Stuben sich umzusehen, oder auf andere Weise die Ordnung und Beschaffenheit des Geschäfts-Verhältnisses in Justiz-Büreaux inne zu werden, dem dürfte wohl schwerlich die Bemerkung entgangen seyn, wie sehr Prozesse auf Genugthuung, — vulgo Defloratio — Vaterschaft und Kindes-Ernährung wegen vorgängiger außerehelicher Schwängerung an der Tagesordnung sind.

Während viele Rechtshändler nur in dem besonderen Verhältnisse einzelner Gemeinden, oder in dem speziellen Ortsverbande

ihren Grund haben, sohin lokal genannt werden könnten, sind die Streitigkeiten über Paternität und Satisfaktion allenthalben und überall. Während andere Rechts-Conflikte nur aus den persönlichen Eigenschaften bestimmter Staats-Glieder hervorgehen, nur gewissen Ständen angehören und so zu sagen personell sind, entspringen die Schwängerungs-Streite lediglich aus der natürlichen Beschaffenheit des bloßen Menschen. — Weder Matrikel noch Ordenskleider vermögen gegen Schwachheiten der Art ein sicheres Remedium an die Hand zu geben; — diese Händel sind daher allgemein. Während endlich wieder andere Rechtsverhältnisse einen gewissen Grad des Kulturganges voraussetzen, durch die Zeit und ihre besondern Bedürfnisse erzeugt werden — temporär sind, — ist diese Gattung menschlichen Zwistes so alt als das Menschen-Geschlecht — zu allen Zeiten. —

Man darf sich daher keineswegs wundern, daß Streitigkeiten und Rechtshändel,

welche auf einem so allgemeinen und natürlichen Grunde beruhen, einen so bedeutenden Raum in den Prozesslisten aller Justizkollegien ausfüllen; man wird sich, dieses bedenkend, keineswegs wundern, wenn man bei manchen Gerichtsstellen die Hälfte ihrer Registratur und noch mehr aus derlei Schwängerungs-Prozess-Akten bestehend antreffen sollte. Aber wundern wird man sich, recht sehr wundern, wenn man eine Gesetzgebung wahrnimmt, welche auf dieses Kapital der Rechtskunde so wenig Bedacht, so wenig Rücksicht genommen hat, daß sie, indem andere, bei weitem weniger wichtige, Gegenstände mit vieler Sorgfalt, Ausführlichkeit und Gründlichkeit behandelt worden sind, dieses Verhältniß nicht weiter als mit ein Paar unzulänglichen und unbestimmten Stellen im Vorbeigehen berührt, und sonach beinahe alles in die Willkühr der Richter legte.

Letzteres ist denn ohne Zweifel leider auch in dem baierischen bis zur Stunde noch geltenden Zivil-Rechte ganz besonders der

Fall. Und was geschah? — Das, was als eine unmittelbare Folge aus solcher Unförmlichkeit nothwendig hervorgehen und geschehen mußte. — Es bildete sich eine, theils von dem Geseze völlig abweichende, theils dasselbe emendirende, nirgends sich gleiche und beständige Praxis.

Natürlich — man war bei dem täglichen Bedürfnisse nothgedrungen, sich für dergleichen Fälle bestimmte Regeln zu abstrahiren, nach denen man dieselben beurtheilen, die gegenseitigen Ansprüche bemessen, und die vorkommenden Angelegenheiten der Parteien abwägen und entscheiden konnte. Man bedurfte in Bezug auf die eingeklagte Eigenschaft der Paternität, insbesondere hinsichtlich der Art des herüber zu führenden Beweises, bei der Besonderheit der hiebei obwaltenden faktischen Verhältnisse, feste Anhaltspunkte; man suchte sie im Gesezbuche, und — fand sie nicht. — Man suchte eine auf Grundsätze gebaute, dem Wesen dieses Rechts-Verhältnisses entsprechende,

Lehre — und fand statt derselben höchstens ein Paar gelegentlich hingeworfene Bemerkungen, die die Sache, anstatt die gewünschte Aufklärung darüber zu geben, nur noch mehr verdunkelten. — Man achtete es daher für das Zweckmässigste, geradezu durchzugreifen, die Lücken nach eigenem Gutdünken auszufüllen, — zu schalten und zu walten nach selbst eigenem hohen Belieben. — Darüber verlor man denn sehr natürlich die wenigen Gesezes-Stellen ganz und gar aus dem Auge, und trieb endlich die Willkühr so weit, daß man auch auf das Wenige, was im Gesezbuche deutlich und bestimmt vorgeschrieben war, nicht mehr achtete, und sonach über jeden Punkt des Schwängerungs-Prozesses eigene, von dem klaren Buchstaben des Gesezes abweichende, ja nicht selten demselben schnurstraks zuwider laufende Normen bildete, und vorzüglich bei dem Alimentazions-Punkte des nahrungsbedürftigen Kindes, und der Satisfaktions-Forderung der geschwächten Mädchen alles in Unordnung brachte.

Eine Zurechtstellung des verrückten Gesichtspunktes und ein Hinweisen auf dasjenige, was vor Allem noth thut, scheint daher dringendes Bedürfniss unserer Zeit zu sein, und ich glaube sonach, dem Publikum keinen unwichtigen Dienst zu erweisen, wenn ich durch die nachfolgende Darstellung und Auszeichnung einiger Hauptpunkte die Sache zur Sprache bringe, und die Rechtsgelehrten darauf aufmerksam mache.

Erste Abtheilung.

Ueber die Vaterschaft.

Die Schwierigkeit beginnt bei dem ersten Punkte, welcher im Schwängerungs-Prozesse zur Sprache kommt; bei jenem Punkte, der die Grundlage des Ganzen bildet, mithin auch vor allen Uebrigen berichtigt und ins Reine gesetzt seyn sollte — dem der Paternität.

Um die Untersuchung zu fixiren, erinnere ich, dafs ich zuerst einige allgemeine Bemerkungen über die hieher gehörige Gesezes-Stelle voranschicken, sodann aber über den Beweis der Paternität Weniges erinnern, und zwar sowohl das Beweis-Thema, als die Beweises-Art in Anregung bringen werde.

Erster Absatz.

Bemerkungen über das baierische Paternitäts-Gesetz überhaupt.

Die hierher gehörigen Bestimmungen finden sich in Cod. civ. p. 1. cap. 4. §. 9. Nro. 4. 5. 7., wo es heisst:

Zum Beweise der Paternität wird nichts erfordert, als die Ueberweisung des angeblichen Vaters, dass er mit der Klägerin den Beischlaf gepflogen habe.

Es dringen sich hiebei folgende unerörterte Fragen auf:

1) Verstehen die Geseze hiemit schlechterdings, allein und nur den Akt des Beischlafes? Ist die Ausdehnung dieser Gesetzesstelle schlechthin nur auf den Begriff des Beischlafes und dessen Vollbringung eingeschränkt? oder

2) Mufs die Beweisführerin zugleich nachweisen, um welche Zeit der schwängernde Beischlaf verübt worden ist: so dass aus dem Resultate ihrer Beweises-Ausfüh-

rung sodann zugleich auch hervorginge, ob der erwiesene Beischlaf nach den gesetzlichen Bestimmungen über die mögliche Dauer der menschlichen Schwangerschaft auch als kausirend in Bezug auf dasjenige Kind, welches nunmehr einen Vater erhalten soll, betrachtet werden könne, oder nicht?

Ob man diese oder jene Deutungsart annehme, ist nicht immer gleichgültig, die Unterscheidung dieser zweifachen Ansicht also keineswegs ein bloßes Wortspiel oder eitle Spizfindigkeit, sondern von den wichtigsten Folgen. Denn:

Gilt das Erste; so kommen wir in eine schreckliche Verlegenheit, wenn jemand z. B. negativam loci für eine gewisse Zeit, oder temporäre Unvermögenheit nachzuweisen im Stande ist, wiewohl er überwiesen wurde oder etwa selber eingestanden hat, vor zwei, drei Monaten, oder auch vor zehn oder zwölf Monaten der Koitus mit der Klägerin gepflogen zu haben. Man müßte da geradezu die Widersinnigkeit begehen, denjenigen gesetzlich als Vater zu verurtheilen, von dem man doch evident über-

zeugt wäre, daß er es unmöglich seyn könne.

Die Schwierigkeit wird nicht gehoben, wenn man sagt: daß ja dem Beklagten der Gegenbeweis vorbehalten bleibe; weil dessen Gegenbeweis - Thema lediglich in nichts anderm bestehen könnte, als in der völligen Negazion des zugemutheten Beischlafs - Aktes, der Beklagte aber dadurch, daß er eine zeitliche Orts - Abwesenheit oder temporäre Unvermögenheit darzuthun vermochte, obige Negazion keineswegs berührt. Würde die Vaterschaft vom Geseze als das Beweis - Thema der Klägerin genannt und gesetzt sein, dann wäre es freilich ein ganz Anderes *); allein so lange dieses nicht ist, so lange dem geschwängerten Mädchen zum Behufe der Vaterschaft lediglich nur gepflogenen Beischlag mit dem angeblichen Vater zu beweisen obliegt, bleibt jene Ungereimtheit; weil der Beweis (daß er — Beklagter — mit der Klägerin sich fleischlich vermischt habe) mit dem Gegenbe-

*) Davon später.

weise des Beklagten, (daß er z. B. erst seit drey Monaten mit der Mutter zu thun habe) gar nicht in Verbindung steht, letzterer den ersten nicht aufhebt, sondern unangetastet stehen läßt, und daher entschieden werden müßte, wie nach ausgeführtem und durch keinen Gegenbeweis entkräfteten Beweise immer entschieden werden muß; nämlich: daß der Beklagte trotz der nachgewiesenen Unmöglichkeit dennoch Vater sey.

Dieß wäre bei der Annahme der ersten Ansicht (nach der Konsequenz) um so nothwendiger, als die gedachte Stelle durch den Ausdruck „Gegentheil“ nur einen direkten Gegenbeweis zu bezeichnen scheint *), indem gleich darauf des Beweises

*) Man fragt: Ob das baierische Recht einen Unterschied zwischen dem direkten Gegenbeweise und dem indirekten oder dem Beweise der Einreden als Gegenbeweis kenne? Allerdings, antwortete ich; denn diese Unterscheidung liegt nicht nur in der Natur der Sache, geht nicht nur aus dem Rechtsaxiome: *excipiendo reus fit actor*“ konsequent hervor, sondern die baierischen Geseze erwähnen des letztern auch, zwar nicht mit demselben Ausdrücke (und ob sie den Ausdruck angenommen haben oder nicht, darauf kommt

der Einreden (des indirekten Gegenbeweises) dadurch gedacht ist, daß nebenher nur die *exceptio plurium concumbentium* als wichtig genug angeführt wird, um die aus solcher Gewissheit des einmal vollbrach-

überall nichts an) ganz bestimmt als unterschieden von dem ersten.

So sagen sie z. B. Cap. 6. §. 6. „Gleichwie dem „Kläger dasjenige, was er zur Behauptung seiner Klag „und Intenzion angibt der Nothdurft nach zu beweisen „obliegt, also auch liegt dem Beklagten in Ansehung „seiner Exzeption ein Gleiches ob.“

Hier wird also mit möglichster Bestimmtheit der Exzipient dem Kläger gleich gestellt, der Beweis der Einreden dem Beweise des Klagegrundes an die Seite gesetzt, so recht als Beweis und nicht als Gegenbeweis aufgeführt, woraus sich nichts anders ergibt, als daß der Beweis der Einreden nur uneigentlich (indirecte) in so ferne nämlich, als er gegen das vom Kläger zu Beweisende, wiewohl nicht geradezu (direkte) sondern mittelbar, gerichtet ist, und nur gleichsam so genannt werde. Hiemit stimmt auch Cod. jud. cap. 9. §. 1. vollkommen überein, und es bleibt daher über den Sinn des Cod. jud. cap. 9. §. 12 wo der Beweis der Einreden zu dem Gegenbeweise gerechnet wird, um so weniger ein Zweifel übrig, als dieser Einreden-Beweis recht gut auch als Gegenbeweis (als indirekter nämlich setzt die Theorie hinzu) nach der gedachten Richtung desselben aufgeführt werden kann. Zudem ist ja eine Gegenbeweissführung nicht denkbar ohne vorherige oder gleichzeitige Beweissführung, und es könnte daher auch in allen

ten Beischlafes hervorgehende Folgerung zu zerstören.

Man prüfe die gedachte Gesezesstelle nach logischen Grundsätzen unbefangen, man kümmere sich um keine Konsequenz, man

jenen Fällen, da der Kläger nicht zu beweisen brauchte, von einem Gegenbeweise — Beweise der Einreden — keine Rede seyn. Auferlegen dürfte der Richter solche Beweislast schon gar nicht; weil der (eigentliche) Gegenbeweis immer nur vorbehalten werden darf. — Welche Inkonvenienzen!

Ferner: *reprobatio reprobationis non datur* sagt eine bekannte Rechtsregel (Danz Grundsätze des gemeinen ordentlichen bürgerlichen Prozesses. §. 252. Cod. jud. cap. 9. §. 13). Gehörte nun der Beweis der Einreden nach baierischem Rechte so recht eigentlich zum Gegenbeweise; so würde es in dem Falle, daß dem Beklagten der Beweis seiner Einreden obläge, dem Kläger nicht gestattet seyn, das Gegentheil dessen, was sein Gegner darzuthun sucht, zu beweisen, was gewiß ganz falsch, dem Grundsatz. *excip. r. f. a.* direkte entgegen und eine auf keine Weise zu entschuldigende Ungerechtigkeit wäre.

Ein in Mitte liegendes Oberappellazions - Gerichts-Erkenntniß bezieht sich nur auf den gesetzlichen Termin zur Anbringung dieses sogenannten (indirekten) Gegenbeweises, stellt letzteren nur in dieser Hinsicht dem eigentlichen Gegenbeweise gleich, laßt aber übrigens den Unterschied beider Arten der Reprobazion unangetastet. — Endlich

Spricht ja Cod. civ. cit. loco (und nur zum Behufe der bessern Verständigung über diese Gesezesstelle

weise überhaupt jede Individualität, welche der eigene bessere Sinn des Interpreten vielleicht hineinlegen möchte, strenge ab! und man überzeugt sich, daß dieselbe nichts Anderes sage als:

und meiner ferneren Deduktion ist die fragliche Unterscheidung gemacht, und diese Note beigefügt worden) durch das Wort „Gegentheil“ und durch das unmittelbar und sogleich darauffolgende Berühren des Beweises der *exceptio fornicationis* deutlich aus, daß er hier den eigentlichen Gegenbeweis von dem Beweise der Einreden unterscheide; denn wäre unter dem Ausdrucke „Beweis des Gegentheils“ der Beweis der Einreden schon mit inbegriffen, so wäre nicht abzusehen, warum des Beweises der einzigen *exceptio plurium concumbentium* nebenher noch ausdrücklich gedacht würde.

- a) Das baierische Gesez unterscheidet also überhaupt zwischen dem eigentlichen Gegenbeweise und dem Beweise der Einreden. — Ich nenne den ersten direkten, den zweiten indirekten Gegenbeweis. —
- b) Es unterscheidet den Beweis der Einreden von dem eigentlichen (direkten) Gegenbeweise namentlich im Schwängerungs - Prozesse, bei dem Beweise der Paternität.
- c) Wenigstens scheint es, daß das Gesezbuch diesen Unterschied mache, und aus einer wörtlichen Erklärung desselben ergibt sich kein anderes Resultat.
- d) Mehr aber, (als daß die fragliche Stelle den gedachten Sinn haben könne) sagte ich nicht, durfte auch nicht mehr behaupten; weil ich nur darzuthun habe,

Damit jemand als Vater eines aufser-
lichen Kindes angesehen werde, muß das
behauptende Mädchen den Statt gehabten
Beischlaf mit demselben beweisen. Hierin
liegt weder eine Zeitbestimmung noch eine
sonstige Beschränkung. Ob der Beischlaf
20 Jahre oder 6 Wochen vor der Nieder-
kunft Statt gehabt habe, das ändert an der
Sache gar nichts (*lege non distinguente nec
nos distinguimus*); denn davon (von der
Zeit) braucht die Mutter nichts anzuführen,
und da sie in dem gesetzten Falle mit gu-
tem Gewissen behaupten kann, daß A oder
B mit ihr zu thun gehabt habe, und das
Gesez hierauf die Folgen der Paternität
baut; so kann sie auch nur getrost hingehen,
denselben in Anspruch nehmen, und die Er-
nährung ihres Kindes von ihm fordern. —
Das Gesez gibt ihr diese Befugniss — der
Beklagte muß ihr als Staats-Bürger, der

daß die gesezliche Bestimmung zweideutig sey,
indem man Gründe hat, sie auf die gedachte Weise
zu interpretiren, und dann wegen der hieraus hervor-
gehenden ungereimten Folgen wieder zweifeln muß,
ob sie nicht anders erklärt werden müsse.

die Verbindlichkeit der Geseze über sich anerkennt, dieselbe zu gestehen, mußte sich gefaßt machen auf ein solches Ende bei der Begattung, und hat sich nun die Folgen nur selbst zuzuschreiben.

Zu seiner Rettung gibt ihm nun das Gesez zwei Mittel an die Hand:

„den Beweis des Gegentheils“ — den Beweis also: „daß er nicht zu thun gehabt habe mit der klagenden Mutter;“

und im Falle er dieses nicht in Abrede stellen kann:

den Beweis der Einrede: „daß auch andere die Mutter beschlafen haben.“

Vermag er weder dieses noch jenes rechtsgenügend darzuthun, so mag er sich nur willig in sein Schicksal fügen; denn einen andern Weg zu seiner Befreiung gibt es nicht. — So wollen es die Geseze — so steht es geschrieben — so muß der Richter richten. —

Hält man sich an die zweite Art der Auslegung dieses dunkeln, unbestimmten Gesezes; so verfällt man eben in den ge-

rügten Fehler, daß man mehr in die Worte desselben hineinlegt, als sich daraus konsequent herleiten läßt; man begeht den Fehler, das Gesez nicht zu interpretiren, sondern dasselbe durch Hinzufügung einer ganz neuen Bestimmung zu ergänzen, was offenbar wieder nicht geschehen kann und darf, ohne dadurch den Standpunkt des Richters mit dem des Gesezgebers selbst zu verwechseln. — Versündigt sich der Richter im ersten Falle gegen die Vernunft und gegen das Recht; so wird er im letzten Falle ein Verräther an dem Gesez, und es bleibt ihm, um sich aus dieser fatalen Lage herauszuarbeiten, nichts übrig, als sich rabulistischen Deduktionen schlimmer Advokaten hinzugeben, oder einer vagen Billigkeit in die Arme zu werfen, und je nach Gestalt der Dinge heute so, morgen anders zu entscheiden. — Welche Veränderlichkeit des Rechts nach Zeit und Umständen! — welch' unermesslicher Spielraum der Willkühr bei einer so alltäglichen und so höchst einflußreichen Sache! — und doch! wie sollte man es anders machen um dem Wi-

dersprüche zu entgehen! wie sollte man nicht der Versuchung unterliegen, das Ganze nach eigener Weise zu nehmen; freilich dann auch — wie das Sprüchwort sagt — nicht selten den Mantel zu kehren, je nachdem der Wind geht! —

Wahrhaftig es wäre besser, wir hätten gar keine Bestimmung über diesen Gegenstand, so kämen wir doch nicht in Gefahr, auf Abwäge uns zu verirren.

Anmerkung. Die kreitmaierischen Annotationen zum Cod. civ. p. 1. cap. 4. §. 9. Nro. 4 und 5 halten sich an die erste Art der Auslegung. Auch ist erst vor Kurzem in einem baierischen Appellationsgerichte nach der ersten Rücksicht entschieden worden, während in erster Instanz die zweite Ansicht vorgezogen und hervorgehoben wurde.

Der Richter I^{mae} erkannte nämlich, die Mutter habe zu beweisen: daß der Beklagte der Vater ihres Kindes sei, und zwar aus dem Grunde; weil der Beischlaf allein ohne zutreffende Schwängerungs-

Zeit das Merkmal der Paternität nicht begründen könne. Der Richter II^dae aber änderte das Urtheil der ersten Instanz dahin ab: daß die Mutter nur allein das Faktum des Beischlafes — unbedingt und schlechthin — zu beweisen habe.

Zweiter Absatz.

Ueber den Beweis der Paternität insbesondere.

Es ist wahrlich nicht einzusehen, warum die Geseze gerade bei diesem Rechtsverhältnisse, welches eine so reichhaltige Quelle von einer Menge der wichtigsten Folgen ist, in mehrfacher Hinsicht so ungemein nachtheilige Wirkungen erzeugt, wobei es also vor allem Andern darum zu thun wäre, objektive Gewifsheit herbeizuführen, oder derselben wenigstens so viel wie möglich sich zu nähern, mithin darum zu thun wäre, den juristischen Beweis auf die allersichersten und verlässigsten Probemittel zu restringiren, es für besser gefunden haben, sich inkonsequent zu

werden, den Spielraum der Beweismittel unglaublich weit auszudehnen, das Gebiet der, dem Gesetzgeber in jeder Lage, stets und überall, vorzuleuchtenden Gerechtigkeit von sich zu weisen, und sich verleiten zu lassen, nicht die Billigkeit mit dem Rechte zu verwechseln, sondern geradezu gegen Recht und Billigkeit der einseitigsten Begünstigung sich schuldig zu machen, und zwar in solchem Maafse, dafs es einem schlaunen Mädchen schwerlich misslingen dürfte, denjenigen, den es für seine Zwecke am vortheilhaftesten glaubte, sey es auch, dafs dieser nie daran gedacht habe, dasselbe zu beschlafen, in solches Verhältnifs zu sich zu bringen, dafs es hienach ein Leichtes wäre, die gesetzliche Paternität samt aller Zugehör dem Arglosen an den Hals zu demonstrieren.

Um den Gang der Untersuchung nicht zu stören, will ich zum Belege des eben Gesagten den Faden dort anknüpfen, wo ich ihn vorhin verlassen habe; nämlich zuerst von dem im Schwängerungs - Prozesse zu beweisenden Faktum sprechen, und so-

dann im zweiten Unterabsatze von der Beweis - Art Weniges erinnern.

E r s t e r U n t e r a b s a t z.

Ueber das Beweisthema.

Der Ersaz der Kindbettkosten, die Verbindlichkeit der Kindes - Ernährung, ist in sich selbst ein Widerspruch, wenn nicht vorerst hergestellt wurde, daß der zu solchem Ersaze und der gedachten Alimentazion Verbundene auch wirklich und in der That Vater des gebornen Kindes ist, weil er vernünftig nur dann zu diesen Leistungen gehalten seyn kann, wenn er als veranlassende Ursache der Geburt (Kindbettkosten), veranlassende Ursache des lebenden, Nahrung bedürftigen Kindes — Vater — ist.

Demzufolge sollte man glauben, die Geseze hätten, wenn sie sich auch etwa möchten verleiten lassen, der Schwierigkeit eines solchen Beweises etwas nachzusehen, doch den Hauptpunkt selber nicht verrückt, vielmehr das einzig natürliche Thema probandum als solches stehen lassen, und es

lieber der Partei anheimgegeben, dasselbe, wenn nicht direkte, doch durch Vermuthungen, oder wie immer (mehrere Fälle lassen sich hiebei allerdings denken) zu erschöpfen.

Dafs der Beischlaf, resp. die wirkliche Vollziehung desselben, unter jene That-sachen gehöre, welche nach Maaßgabe der ohwaltenden Verhältnisse, eine solche Vermuthung, nach Umständen sogar eine ziemlich nahe, gewähren, wird niemand läugnen wollen. Allein wer wird dann im Gegentheile nicht auch eben so zugestehen, dafs es wieder andere Fälle gebe, welche so beschaffen sind, dafs dabei der Beischlaf mit der Paternität in gar keiner Verbindung steht, in welcher von jenem auf diese schlechterdings nicht geschlossen werden kann. Man nehme z. B. an, dafs Jemand (wie dieß in größern Städten häufig geschieht), eben zur Verhütung der Folge einer Vorrichtung sich bedient habe, wodurch alle Konzeption unmöglich wird, oder dafs man erweisen könnte, dafs die Mutter, als man erweislich mit ihr zu thun gehabt hat, bereits schwanger gewesen sey, oder

daß man zur Zeit des gepflogenen Beischlafes momentan physisch unfähig war zur Erzeugung u. s. w., und man wird schwerlich entschuldigen können, wenn die Geseze, anstatt die Beweisführung der Partei selbst, und ihrer Willkühr zu überlassen, derselben den Weg vorzeigen, die Strafe ebnen, daß man nur fein gemächlich darauf fortzuwandeln braucht; mithin selbst zur Partei — parteiisch — werden; schwerlich entschuldigen können, wenn die Geseze das Faktum des vollzogenen Beischlafes schlechthin als solches hinstellen, welches die Folgen der Paternität, einer von demselben ganz verschiedenen Thatsache, unmittelbar begründet; um so weniger, als es, wie bereits erwähnt wurde, ganz entschieden ausgesprochen ist, daß nur der direkte Gegenbeweis, d. i., der Beweis, daß man den Beischlaf mit der fraglichen Person nicht geübt habe, oder der Beweis der *exceptio plurium concumbentium* hinreiche, um jene Folgen ganz oder zum Theil aufzuheben.

Wendet man mir dagegen ein, daß die Geseze in verschiedenen Fällen sich veran-

last sahen, sogenannte *praesumptiones juris* aufzustellen, und dafs es noch niemanden eingefallen sei, sich dagegen aufzulehnen; so antworte ich: dafs dieses auch mir nicht eingefallen ist, dafs es aber an einem hinlänglichen Grunde fehle, eine solche Präsumzion, womit wir überhaupt nicht zu verschwenderisch seyn dürfen, wenn wir nicht über lauter Vermuthungen endlich die Gewifsheit gänzlich aus dem Auge verlieren wollen, dann festzusetzen, wenn sich die Vermuthung zum Vermuthungs-Grunde nicht verhält, wie eine nothwendige, wenigstens so allgemeine und gewöhnliche Folge, dafs eine Abweichung hievon als eine höchst seltene Ausnahme erscheint; oder: wenn der gesetzliche Durchgriff nicht als ein nothwendiges Uebel wegen des noch gröfsern ohne diese Annahme, anzusehen ist, oder: wenn selbige nicht als ein offenbar heilsames, niemanden kränkendes, Prinzip erscheint.

a) Wer möchte aber wohl behaupten, dafs diese oder jene Weibsperson habe geschwängert werden müssen, weil ihr A oder B einmal beigewohnt hatte! wer wüßte nicht?

wie allgemein das Bestreben ist, und wie man allerlei Mittel ersonnen hat, fatale Folgen zu verhüten! wer wüßte nicht, wie wenig es Mädchen gewöhnlicher Gattung hierin überhaupt so streng zu nehmen pflegen, und wie sehr sie leider den Wechsel lieben! wer sähe nicht ein, wie übervölkert die Welt seyn müßte, wenn jeder Beischlaf bei unschwangern Frauens-Personen in der Regel allezeit Erzeugung und Schwangerschaft zur Folge hätte! und wer überzeugte sich daher nicht, wie wenig ein Schluß gilt von dem einzelnen Beischlaffe auf die Schwängerung *); wie selten (verhältnißmäfsig) die präsumirte Folge hervorkommt, und wie sich also wohl eine praesumptio hominis aus dem bewiesenen Beischlaffe ableiten läßt, zur Annahme einer Praesumptio juris aber bei weitem kein hinlänglicher Grund vorliegt.

b) Dafs nun aber nach Abschaffung dieser Rechts-Präsumzion keine in so emin-

*) Umgekehrt gilt dieser Schluß allerdings; davon ist aber hier gar nicht die Rede.

ten Grade verderblichen Folgen eintreten, sondern dafs hiedurch nur einseitige Begünstigung auf die Seite geräumt würde, ist ohne meine Erinnerung klar; so wie es auch c) erhellet, dafs eine solche Praesumption nichts weniger als eine unschuldige oder allgemein nützliche Annahme ist, sondern vielmehr ihren höchstverderblichen Einfluß allgemein äufsert. *)

Zweiter Unterabsatz.

Beweises - Art und Beweis - Mittel.

Noch auffallender wird die Sache, wenn man die Art des gesetzlich hiebei geforderten Beweises in nähere Erwägung zieht.

Die baierische Gesetzgebung glaubte nämlich durch die vorentwickelte Begünstigung aufserordentlich geschwängelter Mädchen noch nicht genug gethan zu haben. Sie half auch noch von einer andern Seite dadurch

*) Durch das Nachfolgende soll dieser Punkt, hoff ich, noch helleres Licht erhalten. Ich ersuche daher den Leser, sein Urtheil bis ans Ende dieser Abtheilung gefälligst zu suspendiren.

nach, daß sie diejenigen Bestimmungen, welche sie in dem Prozeßkodex als die einzigen Grundsätze aufstellt und anerkennt, durch deren strenge Beobachtung allein eine juristische Gewissheit ausgemittelt werden könne, nach welchen jede Beweisführung eingeleitet und geprüft werden müsse, nicht etwa durch Zusätze für diesen besondern Fall ergänzte, oder durch Erläuterungen ihre Anwendung leitete, sondern sie gänzlich änderte, dieselben milderte, und zum Theile gar aufhob.

So heist es im Prozeßgesezbuche Cap. 12. §. 2. Nro. 1.: daß durch Indizien oder Muthmassungen niemals ein ganzer Beweis hergestellt werden könne, sondern daß in derlei Fällen je nach Gestalt der Sache auf den Erfüllungs- oder Reinigungs-Eid gesprochen, und so der durch menschliche Vermuthung geführte Beweis ergänzt werden sollte. — Das Zivilgesezbuch aber bestimmt im ersten Theile Cap. 4. §. 9. Nro. 5., daß die bloße Anzeige der Mutter, unterstützt durch erwiesene Judizien eine hinlängliche Probe bilde gegen den angeblichen Vater.

Hiemit stimmen auch die kreitmaierischen Anmerkungen genau überein, wenn sie Nro. 5 sagen, dafs, „wenn die Judizien ziemlich „stark sind, auch ohne Jurament ad „Condemnationem verfahren werden könne,“ und Nro. 7 aussprechen; dafs man „in Fällen, wo der Beweis nöthig sein will, bei weitem keine so scharfe Probe erfordere, sondern dafs man sich hiebei meistens mit wahrscheinlichen Konjekturis begnüge. — Kann man noch deutlicher sprechen? — —

21. Warum man so weit gegangen ist; warum man hier schlechthin mit Vermuthungen sich begnügt; an eine Muthmafsung diejenigen Wirkungen und Folgen knüpft, welche sich nur aus der Gewifsheit ableiten lassen, und warum dieses gerade in einer der wichtigsten, folgenreichsten, auf Wohl und Weh der Staatsbürger so entschiedenen Einflufs äufsernden Sache so bestimmt wurde, läfst sich nicht begreifen; am wenigsten, wenn man bedenkt, dafs, eben weil es auch bei dem stärksten Beweise immerhin zweifelhaft bleiben wird, ob der angeb-

liche Schwängerer denn auch wirklich der Kindes-Vater sey, bei solchen Rechtsstreitigkeiten wohl mehr als irgendwo anders das Bedürfnis gefühlt wird, durch den Reinigungs- oder den Erfüllungs-Eid nachzuhelfen.

Ich kann mich indess doch auch wahrlich nicht überzeugen, daß die Schwierigkeiten in den fraglichen Paternitäts-Differenzen gar so entsezlich groß seyen, kann mich nicht überzeugen, wie es noth thue, zu solchen Ausnahmen seine Zuflucht zu nehmen, und es ist wahrlich nicht einzusehen, wie man auf den Gedanken gekommen ist, eine Bestimmung für einen einzelnen Fall auszusprechen, welche man allgemein hinstellen, für alle gleichschwer zu beweisenden Fälle gleich wirksam zu machen, billiges Bedenken getragen hat. Tausende werden a limine judicii abgewiesen oder verurtheilt, lediglich aus mangelndem Beweise, aus Schwierigkeit desselben, wegen der besonderen Verhältnisse des Falles. — Warum läßt denn das Gesetz nicht auch hier dieselbe Leichtigkeit des Beweises gel-

ten, warum darf der Richter nicht auch hier mit einer mindern vollkommenen Probe|sich begnügen? Vor dem Geseze sollten wir ja alle gleich seyn, und für gleiche Fälle sollten gleiche Bestimmungen gelten; schwangere Weibsbilder wenigstens sollten hierin vor andern ehrlichen Menschen keinen Vorzug, kein Privilegium haben. —

Man lasse also die Sache bei dem Gewöhnlichen! man bestimme: dafs, wer Paternität behauptet, Paternität auch beweisen müsse! man überlasse es übrigens nur der Partei selber, wie sie sich in diesen Beweis finden, oder denselben ausführen werde! — *Vigilantibus jura sunt scripta.* — Wer sich nicht in Zeiten verwahrt, mag zusehen, wie er nun zurecht kommt. Er trage, wie billig, die Folge seiner Unvorsichtigkeit selber! — In kritischen Fällen trete der Staat ins Mittel! die Polizei gleiche die allenfalls entstehenden Bedenklichkeiten aus, wenn juristisch zu helfen unmöglich ist.

Zudem ist es ja aber auch, wenn man Alles beim Alten belassen wollte, bei wei-

tem nicht so schwer, zu dem gewünschten Ziele zu gelangen, als man vom Anfange meinen möchte; denn es wird der Mutter nicht gewehrt, ihren Beweis durch Präsumtionen zu führen, nur muß er, dieser Beweis, darauf hingehen, die Paternität selbst herzustellen, und darf für sich allein schon die juristische Vollständigkeit noch nicht ansprechen wollen. Es mag sodann das Mädchen je nach Umständen seinen versuchten Beweis ergänzen durch den Eid, daß der Belangte, der Vater des fraglichen Kindes sey; oder der Beklagte durch einen Eid, der nicht bloß auf den Beischlaf gehen dürfte, wie die kreitmaierischen Anmerkungen meinen, sondern immer und allein auf das Faktum der Paternität beschränkt werden müßte, von solcher Zumuthung sich reinigen.

Endlich könnte ja auch der Mutter nicht das Geringste darangelegen, es müßte ihr, wenn sie anders gewissenhaft wäre, schlechthin einerlei seyn, zu schwören, daß A oder B der Vater ihres Kindes sei, oder den Eid dahin zu leisten, daß er ihr fleischlich

beigewohnt habe. Die juristische Gewissheit aber litte in solchem Falle ungleich weniger, als wenn man mit unserm Gesetzbuche und den kreitmaierischen Anmerkungen Nro. 5. das Faktum des Beischlafes als Beweisthema aufstellt und hienach konsequent den Erfüllungs- oder Reinigungs-Eid auch nur darauf sich beziehen läßt. *)

*) Dieses gilt eben so auch nach gemeinem Rechte. Man sehe hierüber die kreitmaierischen Annotationen zum Cod. civ. p. 1. cap. 4. §. 9. N. 4 und 5 und die dort angeführten Auktoren. Ausser diesen aber auch Homel's obs. 569. Allein, ich sage es noch einmal (die Sache ist gar zu wichtig): mit welchem Rechte hat man diese gemeine Meinung in die Partikular-Gesetzgebungen und sogar in neuere Gesetzbücher (Landrecht für die preussischen Staaten. Thl. II. Tit. 1. §. 1104, dann: allgem. bürgerl. Ges. B. für die gesammten deutschen Erbländer der österr. Monarchie §. 163) aufgenommen? Wie will man bei solcher Bestimmung der Ungereimtheit, ja selbst der Ungerechtigkeit gegen den beklagten angeblichen Kindes-Vater entgehen? — Ich führe zu diesem Behufe nur zwei sehr leicht mögliche und gewiss häufig vorkommende Fälle als Beispiele an:

Ein Mädchen läßt sich von A und sodann von B beschlafen. Nun wird es schwanger. Es weiß gewiss, daß nicht B., sondern A Ursache der Schwängerung ist. Allein A ist unvermögend, ist eine verdächtige Person, die Mutter sieht vielleicht auch, daß sie mit dem Beweise gegen ihn nicht recht aufkommen könne. B

Für den Fall nun, daß Klägerin einen so geheimen Umgang mit ihrem Liebhaber gepflogen hätte, daß derselbe gar niemanden bekannt geworden wäre, und sie also auch keine beschwerenden Umstände zu Tage zu fördern wüßte, hätte sie immerhin auch jenes allgemeine Aushülfemittel derjenigen, die an Beweismitteln Mangel haben. — das

taugt ihr viel bequemer zu ihrem Zwecke. Sie belangt ihn also wegen geübten Beischlafes mit ihr, beweist ihm den gepflogenen Beischlaf, jedoch nur zur Hälfte, und sie wird nun vom Gerichte verurtheilt, den Erfüllungseid zu schwören, und zwar nur in Beziehung auf den gepflogenen Beischlaf. Dieß kann sie mit gutem Gewissen, während sie vielleicht Anstand genommen hätte, zu schwören, daß B Vater sey, Anstand genommen hätte, einen Meineid zu schwören. Oder:

B weiß gewiß, daß er nicht Vater sey, daß er die Klägerin nicht geschwängert habe, nicht geschwängert haben konnte; indessen er hat sie beschlafen. Um sich vor den Folgen der Paternität zu verwahren, weiß er nun kein anderes Mittel, als den Beischlafsakt selbst zu läugnen, und so dem Mädchen die Beweislast zu überbürden. Die Klägerin kommt nun damit nicht völlig auf, und es wird daher ad purgatorium gesprochen. und zwar wieder nicht auf Vaterschaft, sondern in Bezug lediglich auf die Beischlafsvollziehung. Der Schwängerer ist gewissenhaft. Er will sich nicht durch einen Meineid retten; denn zu thun hatte er mit der Mutter, und siehe da! er muß Vater seyn.

juramentum litis decisorium — und sie stünde daher in jeder Hinsicht nur in gleichem Verhältnisse mit andern ihres Gleichen.

Nicht genug jedoch, daß nach den Gesetzen in Paternitäts-Streitfällen schon bloße Vermuthungen die Wirkungen eines vollständigen Beweises herbeiführen; nicht genug, daß durch dieselben nicht das eigentliche Klage-Thema (die Paternität) nur von Ferne berührt werden darf, sondern daß man durch diese Vermuthungen nur wieder eine Vermuthung, und zwar eine höchst unzuverlässige, wie gezeigt worden ist, wahrscheinlich zu machen braucht; so daß der Richter, weil er vermuthet, daß ein Umstand bestehe, der die Vaterschaft vermuthen läßt, nun ohne weiters das voreiligste sich selbst widersprechendste Urtheil von der Welt, das nämlich, daß die mittelbar vermuthete Paternität, nicht mehr bloß vermuthlich, sondern wirklich existire, zu fällen, — den sonderbaren Schluss zu machen sich veranlaßt findet: die Vaterschaft ist wahrscheinlich: also ist sie wirklich; — nicht

genug, sage ich, daß eine so auffallende Ungereimtheit, eine schreiende Ungerechtigkeit nach den baierischen *) Rechten seit so vielen Jahren praktiziert wurde, und praktiziert wird: Die Gesetzgebung ging noch weiter. — Sie sagt nicht nur, daß die Paternität nicht bewiesen, vielmehr lediglich durch den Beischlaf, und dieser selbst wieder nur indiziert zu werden brauche; sondern sie bestimmt auch: daß selbst die Indizien des angeblich gepflogenen Beischlafes nicht streng bewiesen werden, also auch diese Indizien nur vermuthlich hergestellt sein dürfen.

Der Nr. 7 des 9 §. im vierten Kapitel des ersten Theiles unsers Landrechts gibt hierüber die nähere Auskunft; und bestimmt: „daß bei Erprobung der Paternität nicht „nur alle ordinari Probsmittel Platz greifen, „sondern daß sich auch hierin mehr unvoll- „kommene Proben zur Bewirkung eines „ganzen und vollkommenen Beweises „vereinigen lassen, und daß sowohl Be-

*) Und wohl auch nach gemeinen-

„freundte als Hausgenossen, ja sogar vom
»Hörensagen deponirende Gezeugen gestalten
„Umständen nach, für hinlänglich geach-
„tet werden.“

Man muß sich hiebei durch den Vor-
dersatz dieser Gesezes-Stelle, und die darin
vorkommenden Ausdrücke „ganzer“ und „voll-
kommener“ Beweis nicht irre machen las-
sen, sondern durch Lesung des Nachsatzes,
welcher nichts als eine Erläuterung des Vo-
rigen enthält, überzeugen, daß es nicht so
strenge mit diesem „ganzen“ und „vollkom-
menen“ Beweise gemeint sei, und beide ge-
nannten Ausdrücke nur relativ, in wie ferne
nämlich im Schwängerungs-Prozesse der
geführte Beweis als ein ganzer gelte, ver-
standen werden. Denn „Befreundte“ und
„Hausgenossen“ und zwar, da das Ge-
sez hiebei keinen Unterschied macht, auch
die allernächsten, werden für „hinläng-
lich“ geachtet, so wie nicht minder auch
den Gezeugen vom Hörensagen, volle Be-
weiskraft beigelegt wird, uneingedenk des-
sen, was Cod. jud. cap. 10 §. 17 dagegen
erinnert.

Dafs man übrigens die Stelle so verstehen müsse, wie ich gerade angedeutet habe, unterliegt keinem Zweifel, wenn man dieselbe unbefangen durchliest; zumal im Ver-
gleiche mit den kreitmaierischen Anmerkungen, wo es Nro. 7 wortwörtlich heifst, dafs man hierin nicht nur der fama publica Gehör gebe, sondern auch den testibus domesticis et consanguineis, ja sogar denen ab auditu et credulitate glaube. Zudem sind ja Verwandte etc. ohnehin, auch nach den allgemeinen Bestimmungen über die Beweiskraft und Tüchtigkeit der Zeugen, keine untüchtigen, sondern nur exzeptionsmäßige Zeugen, und als solche allerdings auch beweisfähig, nur nicht in dem Grade, dafs sie für sich und ohne ein anderes Ad-
minikulum schon einen vollständigen Beweis herstellen könnten, und es wäre daher, wenn durch die angezogene Stelle des Zivil-Gesezbuches hievon, von diesen allgemeinen Regeln, nicht eine Ausnahme gemacht werden wollte, nicht einzusehen, warum ein besonderes Gesez gegeben worden wäre, welches nichts weiters als eine

reine Wiederholung der allgemeinen Regel enthielte.

Den baierischen Schwängerungs-Prozess dogmatisch abhandelnd, könnte man daher folgende Grundsätze an die Spitze stellen:

1) Wider die Erfahrung den Satz: Wer ein Mädchen beschläft, der schwängert es auch.

2) Die uneheliche Mutter darf daher schlechthin nur beweisen, daß ihr dieser oder jener fleischlich beigewohnt habe; außerdem lediglich nichts, weder die Zeit des Beischlafes noch sonst irgend einen relevanten Umstand.

3) Diesen Beweis darf sie nicht direkte führen, sondern es genügt, wenn sie That-sachen anführt, welche von ihrer näheren Bekanntschaft mit dem Beklagten zeigen. Hat sie dieses, dann vermuthet man den Beischlaf schon; — denn wer ein Mädchen kennt, es vorzüglich gut kennt, der beschläft es auch, und wer es beschläft, der schwängert es auch. Daran ist gar kein Zweifel.

4) Diefswegen braucht es (das Mädchen) auch die Vermuthungsgründe des Beischlafes nicht juristisch gewifs zu machen, sondern nur beiläufig herzustellen.

5) Man muß ſich wohl hüten, den eigentlichen Klagepunkt, die Paternität, auf irgend eine Weiſe in Beziehung zu bringen, oder herſtellen wollen; man muß ſich wohl hüten, ſolches vielleicht dadurch zu bezwecken, daß man der Klägerin den Erfüllungs - Eid auf Paternität des Beklagten imponiret. Denn es gibt der Fälle zu viele, da es ein geſchwängertes Mädchen ſelbſt nicht weiß, von wem es ſchwanger iſt; es gibt der Fälle zu viele, da, wenn es dieſes auch weiß, doch derjenige nicht Vater iſt, den es dafür angibt. Der Reize und Gelegenheiten zu Meineiden wären zu viele gegeben, und man muß lieber auf Gerathewohl, auf bloſſe Muthmaſungen von Muthmaſungen über Muthmaſungen das richterliche Urtheil hinbauen, als die Geſchwängerte einer ſolchen Krisis bloß zu geben, und ſie bei ihrer Rechts - Verfolgung dergeltalt — durch die

Verbindlichkeit zur Beschwörung ihres Klagegrundes, wenn sie auf andere Art denselben zu beweisen nicht im Stande ist — in Verlegenheit zu setzen.

A l l e i n :

1) Darf der Richter mit bloßer Wahrscheinlichkeit sich begnügen? darf er auf Muthmassungen hin verurtheilen?

2) Gibt es gewisse Regeln, welche man beobachten muß, um zur Gewissheit zu gelangen?

3) Muß das Gesetz solche Regeln aufstellen?

4) Sind wir alle gleich vor dem Gesetze? — —

Anmerk. 1) Während die Gemeinrechts-Lehrer und die baierischen Zivilgesetze das geschwängerte Mädchen über die Mafsen begünstigen, machte sich der Code Napoléon des gegentheiligen Extremes schuldig, indem er so bestimmt als möglich die Paternitäts-Klage schlecht hin aufhebt.

Code Napoléon §. 340.

„la recherche de la paternité est interdite.“

2) Das preussische Landrecht (Landr. f. d. preufs. Staaten. Th. II. Tit. 1 §. 1104. ff.) ist in diesem Punkte fast um nichts besser als unser baierisches Zivilgesetzbuch. Es stellt, wie wir bereits gehört haben, nicht nur den Akt des Beischlafes als Beweisthema auf, und läßt sodann den Erfüllungs- und den Reinigungs-Eid auch nur darauf sich beziehen: sondern es hat auch den Kreis der hiebei geltenden Vermuthungen ziemlich weit ausgestekt und hiedurch den Paternitäts - Beweis ungemein erleichtert; ja zu Gunsten der geschwängerten Weibsbilder sogar den, übrigens unerhörten, Satz aufgestellt: Im Zweifel soll eher auf das suppletorium als auf das Purgatorium gesprochen werden, ganz gegen L. 125. D. de regul. jur. (50. 17.) und die durchgehend allgemeine Ansicht der Rechts-Lehrer, daß caeteris paribus der Beklagte vor dem Kläger zu begünstigen und daher im Zweifel allezeit eher auf den Reinigungs-Eid (in so fern derselbe in der Regel von dem

Beklagten geleistet werden muß) als auf den Erfüllungs-Eid anzutragen sei. Cod. jud. cap. 13. §. 3. Nro. 2 und 8.

- 3) Das österreichische Gesezbuch (allgem. bgl. Ges. B. f. d. gesamten deutschen Erbländer der österreichischen Monarchie) faßte die Sache schon weit richtiger auf, indem es §. 163 verordnet:

„Wer auf eine in der Gerichtsordnung vorgeschriebene Art überwiesen wird, daß er der Mutter eines Kindes innerhalb des Zeitraumes beigewohnt habe, von welchem bis zu ihrer Entbindung nicht weniger als sieben, nicht mehr als zehn Monate verstrichen sind; oder wer dieses auch nur außer Gericht gesteht, von dem wird vermuthet, daß er das Kind erzeugt habe.“

- 4) Uebrigens wird da (in dieser Stelle des österreichischen Rechtes) deutlich ausgesprochen, daß die Zeitbestimmung immer und allezeit mit zum Beweise gehöre, während nach preussischem Rechte nur der Beischlaf überhaupt bewiesen

zu werden braucht, und die Untersuchung über das Eintreffen der Geburtszeit mit der des vollzogenen Beischlafes erst durch einen gegnerischen Widerspruch veranlaßt werden muß; wobei man zugleich zweifelhaft bleibt, ob dieser Punkt sodann Sache des kläger'schen oder des beklagtischen Beweises (Sache des Beweises schlechthin oder Sache des Beweises der Einreden, des indirekten Gegenbeweises,) ist.

Zweite Abtheilung.

Alimentazion des Kindes.

Ich verlasse nunmehr den Hauptpunkt im Schwängerungs-Prozesse — den der Paternität — um auf einen andern, abgeleiteten, überzugehen, welcher zwar der Sache nach mit jenem gleichwichtig, aber, als Folge aus dem ersten, derselben Rücksicht und Würdigung nicht bedürftig ist. — Ich meine die Kindes - Alimentazion.

Ich werde mich hiebei um so kürzer fassen können, als es bei diesem meinem Inaugural - Versuche mein Endzweck nicht sein kann, eine Theorie des Schwängerungs-Prozesses zu liefern, oder denselben dogmatisch abzuhandeln, sondern ich hiedurch nur einige Winke zu geben, und auf einige in dieser Lehre vorhommenden Abwege aufmerksam zu machen, die Absicht habe.

Gestützt auf die vorherige Untersuchung will ich nun

1) Ueber die Alimentazions - Verbindlichkeit.

2) Ueber das Alimentazions - Quantum Einiges erinnern, und

3) Zur Ergänzung einige Hauptmomente der Alimentazions - Leistung in gedrängter Kürze angeben.

Erster Absatz.

Alimentazions - Verbindlichkeit.

Was nun die Alimentazions - Verbindlichkeit betrifft, so bestimmen hierüber die baierischen Geseze, daß vor Allem der Vater hiezu verbunden sei, nach ihm, im Falle seiner Unvermögenheit nämlich, auch der Mutter diese Verbindlichkeit obliege, sodann aber die väterlichen und endlich die mütterlichen Aszendenten in Anspruch genommen werden sollen.

Cod. civ. p. 1. cap. 4. §. 7.

Ich will hiebei nicht untersuchen, ob es dem Naturrechte nicht gemäßer sei, die Alimentazion eines Kindes beiden Ael-

tern, der Mutter eben so, wie dem Vater, zu imponiren; ich will gar nicht in Anregung bringen, dafs es in Fällen, da der Vater nicht ausdrücklich zum Kinde als solcher sich bekennt, mithin derselbe, wenn nicht juristisch doch faktisch immerhin ungewifs bleiben mufs, der Gerechtigkeit — dem Ideale — und der Rechtsphilosophie — dem Fundamente — aller und jeder positiven Gesetzgebung, weit entsprechender wäre, der gewissen Mutter vor dem ungewissen Vater die Ernährungs-Verbindlichkeit zu überbürden, und hiedurch dem Grundsatz: *partus sequitur ventrem*, konsequent zu bleiben; ich will gar nicht berühren, dafs es sonach wohl viel natürlicher wäre, die Regel umzukehren, und als allgemeinen Grundsatz die Bestimmung an die Spitze zu stellen: zuerst ist die Mutter verbunden, ihr Kind zu ernähren, ist sie hiezu unfähig; so tritt der Vater an ihre Stelle . . . Von allem dem will ich, wiewohl es reichhaltigen und interessanten Stoff zur Erörterung gewährte, abstrahiren; alles dieses mit Stillschweigen übergehen. Ich will nur

1) Die Frage aufwerfen: Wie verhält sich die Sache dann, wenn jemand ein Mädchen beschläft, und dasselbe unmittelbar nach dem Beischlafe, oder auch vor demselben, bezahlt? Aendert dieses an obigem Satze nichts; ist eine solche Gabe schlechterdings nur als eine Recompense für den Gebrauch des Leibes zu betrachten, oder wälzt sie auch die Alimentations-Verbindlichkeit auf die bezahlte Weibsperson? Man weiß wohl, daß durch solche Bezahlung den Rechten des Kindes, als eines Dritten, nichts vergeben werden könne; aber kann die Mutter ihren Schwängerer darum belangen? oder kann ihr letzterer die *exceptio pacti* mit Erfolg entgegensetzen?

2) Die baierischen Gesetze sagen an der allegirten Stelle Nro. 13.: Was jemand an Alimentations-Rechniß indebite geleistet hat, das mag auch von dem, der es indebite empfangen, oder von Rechtswegen zu leisten gehabt hätte, wieder begehret werden, und es werde eine Schenkung hierin falls von niemanden vermuthet. Die Kreitmaierischen Anmerkungen setzen noch hinzu, oder erläu-

tern diese Bestimmung dahin: dafs auch die Mutter hievon nicht ausgenommen sei, d. h., dafs auch von dieser keine Schenkung präsumirt werde. Wenn nun aber der Vater unvermögend ist, das Kind zu ernähren, und von Gerichtswegen der Mutter diese Ernährungs-Verbindlichkeit auferlegt wird, nachhin aber, nachdem das Kind bereits längst in den Stand gesetzt ist, sich selbst das Seinige zu verdienen, zu Kräften kommt, und allerdings so viel Vermögen erwirbt, dafs, hätte er solches früher besessen, er auch ohne weiters die Sorge für die Ernährung des Kindes hätte übernehmen müssen. Wie nun? Ist auch in diesem Falle die Mutter in die rechtliche Möglichkeit versetzt, die dem Kinde bis zur Erwerbsfähigkeit geleistete Alimentazion durch den Vater sich vergüten zu lassen; ist auch hier ihre Leistung nur als Vorschufs anzusehen, oder ist die gedachte Stelle hierauf und auf ähnliche Fälle nicht auszudehnen, sondern einzuschränken, allein auf den Fall, wenn die Mutter oder Jemand anderer das Kind längere Zeit verpflegt hat, ohne den hiezu

allerdings hinreichend vermögenden Vater vor der Hand darum anhalten zu wollen?

Freilich im ersten Falle, wenn nämlich der Vater für den Augenblick unvermögend ist, sein Kind zu nähren, fällt die Verbindlichkeit hiezu eo ipso auf die Mutter, und letztere leistet daher in solcher Hinsicht das Ihrige nicht indebite sondern debite; so daß hienach ein Merkmal des von dem Geseze aufgestellten Falles mangelt. Allein anderseits redet die Stelle auch bestimmt und unumwunden, ohne im Mindesten zu unterscheiden: und da der Vater immerhin derjenige ist und bleibt, welcher sein Kind zu ernähren (nach dem Geseze) verbunden ist, er mag übrigens reich oder arm, vermöglich oder mittellos sein; da also, sage ich, seine Verbindlichkeit zur Alimentazion, also auch auf der andern Seite (auf Seite der Mutter) das Recht, solche von ihm zu fordern, durch seine Armuth mindestens nicht alteriret, sondern im Grunde nur die Exekuzion einstweilen unmöglich gemacht, also, streng genommen nur hinausgescho-

ben wird: so hat sie in solcher Hinsicht auch wieder indebite etwas prästirt, und die fragliche Gesezes-Stelle wird wieder auf sie anwendbar, indem die Mutter sonach nicht absolute, sondern nur eventuell und bedingungsweise, *provisorio modo* zur Alimentazion verbunden zu sein scheint. —

3) Wie lange währt diese Alimentations-Verbindlichkeit? So lange der Alimentand solche bedarf, antwortet die Vernunft; dieß wird nach Verhältnissen sehr verschieden; nach Umständen bald bis fast ins 30^{ste} Jahr und noch länger (z. B. wenn das Kind nach Stand und Geburt auf das Studium der Rechte Anspruch macht), bald kaum bis ins 10^{te} oder 12^{te} reichen. Dieselbe Antwort enthalten auch nicht undeutlich die baierischen Geseze, indem sie die Alimentazion lediglich auf die Nothdurft beschränken. Allein die Praxis weiß dieses besser. Sie weiß ganz zuverlässig, daß das Kind gerade bis ins zwölfte *) Jahr sich selbst nichts werde verdienen können; sie weiß ganz

*) Bei Knaben an vielen Orten bis ins 14^{te}

zuverlässig, daß bei dem Anbruche des 13^{ten} resp. 15^{ten} Geburtstages mit einem Male die Erwerbsfähigkeit demselben verliehen werde; sie weiß auch, daß es nach dieser Zeit durch sein ganzes Leben durch nicht wieder in Fälle versetzt werde, da es ihm unmöglich sein wird, seinen Unterhalt selbst zu verdienen, und sie hat daher entschieden, daß der Vater nur bis ins zwölfte, resp. vierzehnte Lebens-Jahr dem Kinde Alimentazion reichen dürfe, nach dieser Zeit aber jeder weitem Verbindlichkeit für immer überhoben sei. *)

Zweiter Absatz.

Alimentations - Quantum.

An die Frage, w e r nach den Gesezen verbunden sei, außereheliche Kinder zu alimentiren, reiht sich natürlich die Frage, wie viel derjenige, dem solche Ernäh-

4 *

*) Auch diese Begränzung hat in der communis opinio ihren Grund, da solche nicht sowohl baierische, als vielmehr gemeine Praxis ist. Man sehe hierüber Stryk
usus modernus l. 48. tit. 5. §. 22.

rungs-Pflicht obliegt, gesezlich leisten, und wie er seiner Verbindlichkeit überhaupt genügen müsse.

Die Gesezesstelle, welche hieher gehört, findet sich in Cod. civ. p. 1. cap. 4. §. 7. Nro. 8., worin die Bestimmung ausgesprochen ist: dafs das Alimentazions-Quantum nach Umständen, Stand, Geburt, Vermögen des Alimentandi und des Alimentantis, bemessen und regulirt werden sollte. Es enthält diese Stelle, wie man sieht, jene bekannte Unterscheidung zwischen alimentis naturalibus und alimentis civilibus, dann die Verfügung, dafs der Vater Beides zu leisten verbunden sei.

So deutlich nun auch dieser gesezliche Ausspruch bei dem ersten Anblike scheint; so überzeugt man sich doch bei näherer Prüfung desselben, dafs diese Stelle im eigentlichen Grunde theils zweideutig, theils höchst unjuristisch sei, und überhaupt zu Schwierigkeiten Anlaß gebe, welche bei jedem einzelnen Prozesse dieses Betreffes der Gerechtigkeit und dem gesunden Verstande entgegen treten, und den denkenden Richter

jeden Augenblick in eine peinliche Verlegenheit setzen.

Ich rede hier von derselben Schwierigkeit, welche ich bereits im ersten Absatze Nro. 2. berührt habe; nämlich von der höchst unjuristischen, auf keine Weise zu entschuldigenden, Verwechselung des Rechtes mit der Möglichkeit der Exekution; ich rede hier von jener Rechtswidrigkeit, welche das Recht selbst von Zufälligkeiten, von momentanen Verhältnissen abhängig macht. — Man wird mich verstehn, wenn man die Stelle im Gesetzbuche selbst nachliest, und da gewahr wird, daß sich der richterliche Ausspruch hinsichtlich des Alimentations-Betrages richten müsse „nach den Kräften und Einkünften des Alimentants.“

Ich sagte: daß diese Bestimmung theils zweideutig, theils unjuristisch sey und wider die Vernunft laufe. Man wird nämlich nicht klug, ob bei augenblicklicher Unvermögenheit des zur Alimentation verbundenen Vaters, dem Rechte unbeschadet nur die Erholung und gericht-

liche Beitreibung des rechtmässigen Betrages, vor der Hand sistirt oder beschränkt werde, ob man also in einem konkreten Falle, da der Vater und die Mutter des zu alimentirenden Kindes von hohem Range, distinguirter Geburt, von Stand und Ansehen sind, da aber jener, oder beide Aeltern, dessenungeachtet wegen anderweitiger Schulden, oder anderer denkbarer häufig eintretender Verhältnisse, ausser dem eigenen Aliments-Bedarf wenig Ueberflüssiges besitzen, dieselben also für den Augenblick nicht im Stande sind, ihrem Kinde eine standesmäßige Erziehung zu geben, sondern höchstens soviel vermögen, sogenannte *alimenta naturalia* zu prästiren — ob man, sage ich, in einem solchen Falle, wenn die Sache vor Gericht käme, aussprechen müßte: der Vater N. N. sei verbunden, seinem Kinde das ihm von Rechtswegen gebührende und ihm *caeteris paribus* von einem reicheren Vater ohne weiteres zu prästirende *Quantum alimentationis* zu verabreichen; sodann aber, insoferne die Sache exekutive

beigetrieben werden sollte, ein anderes Statt haben würde, indem es ohnehin aus der Natur der Sache flösse, dafs, wo nichts ist, man auch nichts erholen könne; oder ob der richterliche Ausspruch die Prästations - Verbindlichkeit selbst hinsichtlich des Quantum nach Zeitlichkeit umfassen, und selbiges nach dem Augenblicke bestimmen müsse.

Wichtig — äufserst wichtig — ist dieser Punkt in jeder Gesetzgebung über ausser-eheliche Schwängerung, und er verdiente daher eine ausgezeichnete Würdigung und eine genaue Bestimmung in dem Geseze. Täglich, beinahe in jedem solchen Prozesse kommt dieser Umstand zur Sprache, und die gerügte Unbestimmtheit kann daher auf die Verhältnisse der Staatsbürger nur die bedenklichsten Einflüsse äufsern, zumal im Zusammenhange mit der eben so unbestimmten Stelle, wo von der Erstattung der indelbite geleisteten Alimentazion die Rede ist, und wovon im ersten Absaze Nro. 2 das Nöthige erinnert wurde.

Hievon, von der Bedeutung dieser Stellen, hängt es ab, ob ein unvermögender, wiewohl vielleicht hochgeborner Vater, der in die Paternität und hiemit auch in die Alimentazion eines aufserhelichen Kindes gerichtlich verurtheilt würde, zugleich verurtheilt werden müfste, seinem Kinde, trotz seiner Unvermögenheit, eine anständige Erziehung zu geben, wobei es ihm überlassen bliebe, wie er diesem Ausspruche Genüge leiste; oder ob hievon Umgang genommen, und das Urtheil hinsichtlich des Alimentazions-Quantum definitive nach dem jezigen Vermögens-Stande desselben eingerichtet sein müfste. Hievon hängt es ab, ob ein solcher, wenn er etwa späterhin zu häuslichen Würden gelanget, von dem Kinde, welches bis dahin die gebührende Erziehuug nicht genossen hatte, nunmehr belangt werden könnte, ihm nicht nur für die Zukunft ein anderes Loos zu verschaffen, sondern auch dasjenige zu ersezen, was bis hieher verfallen war, aber nicht erholt werden konnte; oder ob dasselbe dessenungeachtet, und obschon der Vater bereits

im zweiten Monate nach seiner Verurtheilung (wie immer) zu einem verhältnißmäßigen Vermögen gelangt war, dennoch nicht nur für die Vergangenheit keinen Ersaz fordern dürfte, sondern auch für die Zukunft mit demselben spärlichen Quantum auskommen müßte, in welches der Vater während seiner Mittellosigkeit verurtheilt worden ist. Hievon hängt es ab, ob die Mutter, welche dem Kinde trotz diesen väterlichen Verhältnissen, eine bessere Erziehung gegeben hat, nunmehr den Ersaz ihrer Auslagen von dem jezt vermögenden Vater rechtlich fordern könne; oder ob sie sich, weil das Urtheil, welches nunmehr in Rechtskraft erwachsen ist, das Quantum alimentationis selbst bestimmt ausgesprochen und berechnet hat, nach dem frühern unglückseligen Vermögens-Zustande des Vaters, ein für allemal beruhigen müsse — ob überhaupt jemand, der, wiewohl ohne gesetzliche Verbindlichkeit, um das unglückliche Kind sich annimmt, die Vergütung seines Aufwandes mit Erfolg einklagen könne; oder ob er sich bescheiden müsse jezt bei ver-

änderten Sachverhältnissen mit dem, dem früheren allein, zwar nicht dem Rechte — dem eigentlichen — nach, aber nach der Möglichkeit der Realisirung desselben Angemessenen. Kurz — es hängt hievon ab — ob man die Alimentations-Pflicht in ihrem quantitativen Verhältnisse, bestimmen müsse nach dem Vermögenszustande der Alimentationspflichtigen, wie er zur Zeit, als sie darum belangt werden, beschaffen ist, oder ob selbige idealiter ohne Beziehung und Hinsicht auf diese Zufälligkeit bestimmt; ob derselben überhaupt im Urtheile gedacht oder ob sie gänzlich umgangen, und erst in der Exekutions-Instanz in nähere Betrachtung — jedoch nicht weiter als für den gegenwärtigen Augenblick — provisorisch — unbeschadet dem weitem Rechte — gezogen, regulirt und ausgemittelt werden müsse. —

Die Sache wird am auffallendsten, wenn man kühn die unmittelbaren Konsequenzen daraus zieht, und den Satz selbst bis ans Ende durchführt. Thun wir dieses, so kommen wir dahin, wo wir schon im ersten Absatze Nro. 2 Anstöße gefunden haben,

wir kommen nothwendig zu der Ansicht, daß ein Alimentazionspflichtiger von seiner Verbindlichkeit — einmal hievon wegen Unvermögenheit losgesprochen — für immer befreit bleiben müsse; daß also weder die Mutter die gereichten Alimente als indebite prästirt betrachten und späterhin in bessern Zeiten des Vaters (vielleicht auch noch nach dessen Tode aus seiner Hinterlassenschaft und zwar vor allen Erben — welches in Praxi unerhört sein und nie zugegeben werden wird, woraus folgt, daß die Konsequez zugegeben werden muß), noch auch irgend ein anderer, z. B. der Staat oder die Geburts-Gemeinde des Kindes, im Falle eines der ursprünglichen Alimentazionspflichtigen zu Vermögen käme, die gehabten Auslagen erholen könnte. Dieses will man nicht zugestehen? Nun so prüfe man das Gesagte mit Unbefangenheit, scheue sich vor keiner Konsequenz, und sehe dann wohl zu, ob man solches nicht annehmen müsse.

Ich glaube nicht die Einwendung erwarten zu dürfen: daß das richterliche Erkenntniß, in so ferne es das Quantum ali-

mentationis selbst berücksichtigt, und den zeitlichen Vermögens-Stand des Alimentationspflichtigen hiebei als Mafsstab annimmt, als auf momentane Thatverhältnisse gegründet, hierauf allein berechnet, mit ihm stehe und falle, mutatis mutandis also in dieser Hinsicht selbst untergehen und unwirksam werden müfse*); denn ein richterliches Urtheil kann sich immer nur auf vergangene, also unveränderliche That-sachen, die das Rechts-Verhältnifs selbst konstruiren und konstruirt haben, beziehen und gründen; es spricht sodann, gestützt auf solches bleibendes Fundament, das ewige Recht aus, fix und unabänderlich, sobald das Erkenntnifs selber in Rechtskraft erwachsen ist. Zufällige, für den Augenblick vorhandene Persönlichkeiten auf irgend einer Seite, modifiziren nur die Exekution des richterlichen Spruches, sie hindern aber den Richter keineswegs, einen Bescheid zu geben, welcher nach den augenblicklichen

*) Dafs von der restitutio in integrum kein Heil zu erwarten sei, erhellet ohne meine Erinnerung.

Verhältnissen schlechthin unausführbar ist. Denn, von der Möglichkeit der Objektivierung, von der Möglichkeit der Exekution hängt die Existenz des Rechtes nicht ab, und dieses nicht jene Zufälligkeit ist es, was der Richter durch sein Erkenntniss sprechen soll. Es fällt niemanden ein, zu behaupten, dafs, wenn jemand seinen unvermöglichen Schuldner um eine beträchtliche Summe einklagt, und die Sache nun rechtsgenüglich instruiert ist, der Richter je nach dem Vermögens-Zustande, der Zahlungsfähigkeit oder Unfähigkeit des Debtors sein Urtheil in Beziehung auf die Schuldsumme einrichten, dafs er zu Recht erkennen müsse: A sei von den dargelehnten tausend Gulden, nur hundert Gulden zu zahlen verbunden — schuldig — weil er unvermögend ist, tausend Gulden zu geben; sondern man wird zugeben, dafs er sein Urtheil wohl auf die tausend Gulden einrichten dürfe und müsse, dafs aber in der Exekutions-Instanz die Sache gleichwohl ein anderes Bewandniss erhalte. Wenn nun dieses richtig ist; wenn ferner die

Identität dieses Falles mit der fraglichen Alimentations-Verbindlichkeit ebenfalls nicht geläugnet werden kann; wäre es nicht ungereimt, und unerklärlich, wenn das Gesez dennoch ausspräche: die momentane Zahlungs-Fähigkeit soll in Paternitätssachen die Zahlungs - Verbindlichkeit (nicht die momentane; denn das widerspräche sich ohnehin, sondern überhaupt) bestimmen? Sollte man also nicht billig Zweifel tragen, ob man die gesezliche Ansicht errathen habe, wenn man die gedachte Stelle auf solche Weise interpretirt; sollte man nicht billig Anstand nehmen, dem Geseze diesen Sinn, als den wahren, unterzulegen, und nicht lieber annehmen, daß selbiges nur auf die Exekuzion momentan bezogen werden dürfe? — Wird also diese Gesezesstelle, sage ich, nicht in gewissem Grade zweideutig. indem man dem Ausdruke der Stellung und Verbindung der Begriffe nach dieselbe unmöglich anders verstehen kann, als so, wie sie gegen die allgemeinsten Rechtsprinzipien anstößt und gegen die Vernunft läuft, und sodann wieder, indem man

Ungereimtheit und Unvernunft unmöglich als den Willen des Gesetzgebers annehmen kann, dieselbe unmöglich so verstehen zu dürfen glaubt, wie man nach dem Wortverstande sie zu nehmen gezwungen ist, und sie

in Praxi auch wirklich nimmt.

Es ist eine durchgehends angenommene Gewohnheit, sogleich im Definitiverkenntnis nach den momentanen Verhältnissen auf dieses Alimentazions-Quantum Rücksicht zu nehmen, und man stellt da gewöhnlich das ausgemachte oder zu hoffende Aeltern-gut des Vaters als Maßstab hiefür auf, spricht dann hiernach entweder auf einen bestimmten Theil desselben (gemeiniglich den 3^{ten} oder 4^{ten}) oder man spricht auf eine jährlich zu entrichtende Summe, welche aber, nach dem Ziele, das man auch nebenher bestimmen zu müssen glaubt, jenen dritten oder vierten Theil nicht übersteigt. Es ist daher sehr gewöhnlich, daß, wenn die Mutter auch dergestalt arm wäre, daß sie sich kaum selbst zu ernähren im Stande ist, man dennoch den Vater, dessen

zur Kindes-Alimentazion bei Unvermögenheit der Mutter nicht minder verbundenen Aeltern vielleicht ein beträchtliches Anwesen besitzen, in nicht mehr als in zwölf bis vier und zwanzig Gulden jährlicher Alimentations-Leistung, die sich dann obendrein nur bis ins dreizehnte Jahr erstreckt, und sich immerhin gleich bleibt, verurtheilt; so dafs es nun für immer dabei seine Richtigkeit hat, sei es auch, dafs dieser auferheliche Vater in einem halben Jahre darauf sich ansässig machte und in Wohlstand gerieth.

Wohl finden sich die angeregten Mißbräuche nicht überall insgesamt und in gleichem Maafse; allein es ist nicht zu läugnen, dafs deren an jedem Gerichte mehrere oder weniger üblich seien, dafs es überhaupt keine Lehre gebe, welche nach Verschiedenheit des Orts und der Personen so verschieden ausgeübt und angewendet wird, dafs es wohl keine Rechtslehre gebe, sage ich, wo die Willkühr der Praxis einen so weiten Spielraum und einen gröfsern Einflufs gewonnen hätte, als es eben beim

Schwängerungs-Prozesse der Fall ist; und es möchte daher auch wohl in keinem Rechts - Streite so wenig gleichgültig sein, bei welchem Gerichte dieselbe anhängig gemacht würde, von welchem Richter man das Urtheil zu erwarten hat, als eben bei diesen Schwängerungs - Händeln. Die Gesetze sind theils zu mangelhaft, theils zu zweideutig, um die erforderliche Bestimmtheit an die Hand zu geben, und es hat sich daher die Praxis jedes einzelnen Geschäftsmannes einen Leisten geschnitten, um das Recht in vorkommenden Fällen jedesmal darüber zu spannen, um eine Form zu haben, wornach er dasselbe ein für allemal zuschneiden könne. —

So viel ist indessen gewiss, daß das Kind, dessen Erziehung, resp. Alimentazion der Hauptpunkt des ganzen Prozesses, das höchste Augenmerk des Gesetzgebers sein sollte, am schlechtesten wegkommt, am leersten dabei ausgeht. Während der Mutter die Kindbettkosten vergütet werden, während sie noch obendrein pro defloratione eine hübsche Summe als Satisfaktion

einstreicht *), muß das Kind zu seiner Alimentation mit monatlich einem Gulden und noch weniger **) zureichen, und zwar um so mehr, als der Alimentations-Betrag nach dem momentanen Vermögen des Vaters bemessen wird, dieses bei einem (größtentheils) Unehelichen noch meistentheils höchst unbeträchtlich ist, auch auf Deflorationsgebühr eine hübsche Summe, die der Alimentation entzogen wird, hingeht, und es in Praxi unerhört sein dürfte, daß man den Grofsältern die Alimentations-Pflicht aufgebürdet hätte, welches allerdings und zwar von Amtswegen, geschehen dürfte, geschehen sollte, und in den meisten und gewöhnlichsten Fällen wohl das vor allem Uebrigen Zweckmäfsigste wäre. — Kurz es ist höchst auffallend, wie wenig der unverkennbaren, wohlthätigen Absicht des Gesetzgebers durch die gegebenen Bestimmungen und ihre Anwendung auf die besonderen Fälle entsprochen und genügt wird.

*) Wiewohl gegen das ausdrückliche Recht — worüber späterhin das Nöthige erinnert werden soll. —

**) Büttmanni Elem. jur. crim. §. 587.

So nahe geht mir die Sache zu Herzen
daß ich mich von diesem Momente des
Schwängerungs - Prozesses beinahe mit Ge-
walt losreißen muß, um nicht noch Meh-
reres zu sagen, wobei ich fürchten müßte,
die Grenzen der gegenwärtigen Abhandlung
zu überschreiten, und unangenehm weit-
läufig zu werden. Ich will also abbrechen,
will es dem weiteren Nachdenken eines je-
den Lesers selbst überlassen, die Sache
durchzuführen, in der Ueberzeugung, das
Meinige durch diese Anregung und Bespre-
chung der Sache pflichtmäßig gethan zu
haben. Zum Schlusse dieser Abtheilung
eilend, will ich nun, wiewohl nur mit ein
Paar Worten, noch bemerken, wie man mit
den hieher einschlägigen Gesezes - Stellen,
trotz ihrer Unbestimmtheit und offenbaren
Rechtswidrigkeit (denn allen juristischen
Prinzipien nach darf das Recht nicht von
der Möglichkeit seiner momentanen Real-
sirung abhängig gemacht werden, und in
wie ferne also die bairischen Geseze dage-
gen anstoßen, sind sie rechtswidrig) doch
eine möglichst vernünftige, und möglichst

wenig drückende Ausübung und Anwendung in Verbindung bringen könne.

Dritter Absaz.

Grundsätze über Alimentations - Leistung.

1) Das Gesez macht die Alimentations-Verbindlichkeit von Nothdurft, Stand und Vermögen abhängig. Gut — so bestimme man zu allererst über diese Alimentations - Verbindlichkeit und über deren Gröfse nach Maafsgabe der obwaltenden Verhältnisse überhaupt und allgemein.

a) Man abstrahire hiebei vorläufig von jedem Ziele, das man schon im Voraus dieser Verbindlichkeit sezen möchte.

b) Man mache sich vor Allem klar, wie groß das Quantum alimentationis, abgesehen von der allenfallsigen, zufälligen Unvermögenheit der Aeltern, nach Maafsgabe der übrigen Thatverhältnisse ausfallen müfste.

2) Sodann bringe man, da das Gesez zuerst den Vater in diese Obliegenheit ver-

urtheilt, das Vermögen desselben mit jenem vorausgemittelten Quantum in Verhältniß.

3) Stehen nun wirkliches — momentanes — Vermögen des Vaters und das nach Umständen, wiewohl nicht nach solchen momentanen Zeitverhältnissen, berechnete Alimentations-Quantum des Kindes in einem entsprechenden Verhältnisse; so hat die Sache ohnehin keine Schwierigkeit.

4) Uebersteigt aber die in abstracto gefundene Alimentations-Verbindlichkeit die Kräfte des Vaters; so untersuche man, in wie weit er im Stande sei, seiner Pflicht zu genügen, und in wie ferne er solches nicht vermöge.

5) Man spreche hienach diese konkrete, nach Vermögen des Vaters regulirte Alimentations-Quote bestimmt aus. Man lasse es aber

6) hiebei nicht bewenden, sondern man bedenke zugleich, daß die Geseze auf den Fall, daß der Vater zur Alimentation seines Kindes unfähig ist, die Mutter hiezu verbindlich machen.

7) Man bringe also das abstrakte Alimentations-Quantum nach Abzug der väterlichen Leistung, auch in Verhältniß zu ihrem Vermögen, und verurtheile sie, je nach Umständen, entweder die volle Summe herzustellen, oder selbige doch möglichst, nach Verhältniß ihres Vermögens, zu ergänzen. Denn in wie ferne der Vater unvermögend ist, die gebührende Alimentation seinem Kinde zu prästiren, in so ferne ist die Mutter hiezu verbindlich.

8) Kann nun auch hiemit das eigentliche Quantum nicht erreicht werden; so verfähre man weiter auf dieselbe Weise bei den väterlichen Aszendenten. Denn in wie ferne und in wie weit der Vater und die Mutter ihrer Alimentations-Verbindlichkeit nicht genügen können, in so ferne und in so weit sind die väterlichen Großältern des Kindes in Anspruch zu nehmen. Endlich erstreke man solches auch auf die mütterlichen Aszendenten, nach derselben Weise.

9) Diefs thue man allemal, sobald der Vater, resp. die Mutter etc. etc. das ab-

strakte Alimentations - Quantum zu prästiren nicht im Stande ist, und suche so die Reinheit und Vollständigkeit desselben in jedem vorkommenden Falle möglichst herzustellen.

10) Sind die Vermögens - Umstände der Kindes - Aszendenten so schlecht beschaffen, daß ungeachtet dieser Operazion und samt alle dem doch nicht einmal das natürliche Alimentations - Quantum (welches nicht in jährlichen 6, 8, 12 oder 24 Gulden besteht, sondern zum wenigsten auf 50 — 60 Gulden für das Jahr sich belaufend angenommen werden sollte) zusammengebracht werden könnte; so ist die Polizei zu requiriren, daß sie hinsichtlich des Abgängigen ins Mittel trete und allenfalls der einschlägigen Gemeinde aufbürde, den Rest zu prästiren.

11) Alles dieses thue der Richter auch unaufgefordert und unveranlaßt — von Amtswegen. —

So könnte und sollte man es machen, um, ohne das Gesez zu umgehen, die Härte gegen das zu ernährende Kind einigermaßen zu mildern, wiewohl anderseits nichts desto weniger die Ungereimtheit

und Härte desselben hinsichtlich der mittelbar Alimentationspflichtigen hiemit noch keineswegs gehoben wird. — So machte man es bisher nicht, und ich glaubte daher, *salvo jure melioris*, auf diesen Mangel aufmerksam machen zu müssen, glaube auch Aufmerksamkeit zu verdienen, und fordern zu dürfen; weil es schwerlich zu entschuldigen wäre, den Blick von diesem Gegenstande etwa mit der Bemerkung wegwenden zu wollen: „es ist noch bisher kein uneheliches Kind verhungert, es wird auch, wills Gott, in die Zukunft keines verhungern.“

Anmerk. Ich erinnere nur im Vorbeigehen, daß es dem Vater der Natur der Sache nach, freistehe, wie er seiner Alimentations - Verbindlichkeit genügen wolle; daß es ihm also, in so ferne er diese Alimentation übernehmen muß, freistehe, ob er das Kind selber erziehen, oder ob er es in Kost geben, oder wie er es sonst mit dessen Verpflegung halten wolle. Ein Zwang hierin wäre nicht nur gegen das Naturrecht und den

klaren Begriff der Sache, sondern auch gegen das Gesez und dessen deutlichen Buchstaben, welcher dem Vater zwar die Verbindlichkeit auferlegt, für die Alimentazion seines Kindes zu sorgen, aber ihm nicht vorschreibt, welche Mittel er hiezu wählen, oder auf welche Art und Weise derselbe hiebei verfahren müsse. Mit Recht überläßt es das Gesez dem Bürger selbst, wie er seinen Obliegenheiten nach Umständen genügen werde, und selbes darf hierin niemanden beschränken, weil diese Beschränkung ein gänzliches Aufheben der äussern Freiheit, welche darin besteht, Willkühr der eigenen Handlungsweise zu üben, den eigenen Vortheil möglichst zu befördern — innerhalb den Gränzen, welche die innere Freiheit aller Uebrigen gezogen hat — das ist, ein Widerspruch gegen den Rechts-Zwek wäre. Will daher der Vater das Kind von der Mutter trennen, so kann er es, und es steht ihm hierin nicht das Geringste im Wege, in so ferne er für die Erziehung

desselben nur anderweitig gehörig sorget.
Dieß versteht sich von selbst, und es
wäre mir nicht eingefallen, diesen Punkt
auch nur in einer Note zu berühren,
wenn ich nicht in Erfahrung gebracht
hätte, daß man hie und da andere Grund-
sätze habe, und das Gegentheil hievon
als rechtlich annehme. — Die Gesezes-
stelle in Cod. civ p. 1. cap. 6. §. 43. in-
notis Nro. 1 (8) hat hieher nicht den
mindesten Bezug; das ist klar. —

Dritte Abtheilung.

Ueber Satisfaktion.

Ich komme nun zu dem letzten Momente des Schwängerungs-Prozesses aber auch zu demjenigen, welches wegen seiner verkehrten Anwendung in der Praxis, und wegen der Hartnäkigkeit, mit welcher man trotz der Anregung des Richtigersn darauf besteht, wohl eine ausführlichere Erläuterung verdiente, als dieses bei den zwei ersten Abtheilungen nöthig schien. Allein dieses Bedürfnis einer grösseren Ausführlichkeit soll mich auch hier nicht verleiten, meine Ansicht weiter zu entwickeln, als in so ferne dieselbe mit der gemeinen oder bereits von andern vorgetragenen Ansicht der Sache nicht übereinstimmt.

Erster Absatz.

Umfang der hieher einschlägigen baierischen
Gesezes - Stelle.

Dasjenige, was außerehelich geschwängerte Mädchen unter dem Titel Deflorations-Gebühr, Satisfaktion etc. fordern, schreibt sich aus den geistlichen Rechten und zwar ex C. I. X. de adult. her, wo es heisst
si seduxerit quis virginem nondum desponsatam, dormitque cum ea, dotabit eam et habebit uxorem. Si vero pater virginis dare noluerit, reddat pecuniam juxta modum dotis, quam virgines accipere consueverunt.

Diefs läßt sich als kirchliche Bestimmung im kanonischen Rechte allerdings rechtfertigen. Die Kirche, als Anstalt der Sittlichkeit, konnte nicht anders, sie mußte diese Verbindlichkeit als moralische Pflicht, dem Schwängerer auflegen. Allein mit welchem Rechte machten die Gemeinrechts - Lehrer eine Zwangs - Verbindlichkeit daraus? Mit

welchem Rechte verdrehten sie diese Sitten-Regel in eine juristische Vorschrift?

Es ist jedoch keineswegs meine gegenwärtige Aufgabe, zu zeigen, was nach gemeinem Rechte in dieser Hinsicht angenommen oder verworfen werden müsse; mein Zweck geht nur dahin, die Ansicht des baierischen jetzt geltenden Rechtes zu entwickeln; und in dieser Beziehung glaube ich denn, kühn behaupten zu dürfen, daß sich unser Gesezbuch, trotz der gemeinen Meinung, von dieser Unförmlichkeit, dieser juristischen Inkonsequenz, rein gehalten habe.

Die hieher gehörige Stelle findet sich in Cod. civ. p. 4. cap. 16. §. 6., da nämlich, wo de lege aquilia gehandelt wird. — In Nro. 6. des allegirten Paragraphen nun heisst es:

„und aus der nämlichen Ursach pflegt
„man bei fleischlichen Sünden nach Ge-
„stalt der Personen, Proben und Um-
„stände auf die Dotazion oder Alimenta-
„zion zu sprechen.“

Wiewohl nun die alte lex aquilia durch das baierische Gesez sehr erweitert und auf

Fälle ausgedehnt worden ist, welche in dem römischen Geseze nicht enthalten sind; so ist dasselbe von seiner ursprünglichen Quelle doch nicht so weit abgegangen, daß es den ersten Grundsatz der hieher gehörigen Bestimmung selbst außer Augen gelassen hätte, den Grundsatz: daß ein »damnum injuria datum“ vorliegen müsse, wenn die fragliche Bestimmung sollte in Anwendung gebracht werden können. Nun nimmt zwar das baierische Recht im Voraus an, daß einem Mädchen durch die erlittene Schwängerung, d. i. mittelbarer Weise ein Nachtheil zugehe; allein der an die Spitze des ganzen Paragraphen gestellte Grundsatz der „Widerrechtlichkeit“ wird mit keiner Sylbe gemildert oder aufgehoben, vielmehr ausdrücklich sich darauf bezogen, indem die Stelle, welche von dieser Satisfaktion handelt, mit der vorangehenden, welche über den Todschlag das Geeignete erinnert, durch die Worte: „und aus der nämlichen Ursache“ verbunden ist. — Kurz es unterliegt keinem gegründeten Zweifel, daß diese gesetzliche Bestimmung bei kon-

kreten Schwängerungs-Fällen nur dann anwendbar sei, wenn die Sache so beschaffen ist, daß man mit Grunde behaupten kann, die Schwängerung sei „ungerechter Weise“ verübt worden, mithin der daraus entstandene Schaden ein „damnum injuria datum.“ Nun ist es aber ein bekanntes Axiom in der Rechtswissenschaft: „volenti non fit injuria“, und es ist daher auch nicht weniger klar, daß in allen jenen Schwängerungs-Fällen, da das Mädchen in den Beischlaf eingewilliget hat, da also nicht Nothzucht oder unfreiwillige Unzucht behauptet oder nachgewiesen werden kann, auf solche Entschädigung kein rechtlicher Anspruch vorliege, und die fragliche Bestimmung auf die gewöhnlichen Fälle, so wie sie sich alle Tage bei den Gerichten ergeben, schlechterdings nicht anwendbar sei. Denn wer in den Beischlaf gewilliget hat, der williget auch ipso facto in die Schwängerung, weil, wer die Ursache wille auch die Folge wollen muß. *)

*) Dieß ist keineswegs ein Widerspruch mit dem Vorigen, wo behauptet wird, die Verbindung des kon-

Man hat übrigens, die Unzulänglichkeit dieses Gesezes auf die gewöhnlichen Schwängerungs-Streite fühlend, die gedachte Bestimmung auf allerlei Weise gewendet, erörtert und modifizirt; hat der in solcher

kreten einzelnen Beischlafes mit der Erzeugung in abstracto, als Grund und Folge, sei keineswegs so enge, daß sich die Ableitung einer Praesumptio juris hieraus rechtfertigen liefse (S- 25.) Man lese die dort beigefügte Note, verglichen mit dem was späterhin über die Vernunftwidrigkeit des Beischlafes ohne den vorgesezten Zweck der Schwängerung und die Unmöglichkeit einer Rechtsableitung aus einer Schändlichkeit gesagt wird, und man wird mich nicht mißverstehn. — —

Die angeführte Gesezes-Stelle spricht auch nicht von Schwängerung, sondern von fleischlichen Sünden überhaupt — ein Grund mehr für die versuchte Auslegung. —

Auch wird da, wo das Gesez diejenigen, welche zur Dotazion eines Frauenzimmers verbunden sind, namentlich und speziell aufzählt (Cod. civ. p. 1. cap. 6. §. 13.) des Stuprators mit keiner Sylbe gedacht. —

Auch hierin leuchtet uns das österreichische Gesezbuch vor andern neuern Gesezgebungen als dasjenige voran, welches mit unübertrefflicher Bestimmtheit, Präzision und Deutlichkeit dem einzig richtigen Gesichts-Punkte am nächsten gekommen ist. Es bestimmt nämlich §. 1328. „Wer eine Weibsperson verführt, und mit ihr ein Kind zeugt, bezahlt die Kosten der Entbindung

Hinsicht zu leistenden Prästazion den Namen Deflorations - Gebühr gegeben, hienach das Ganze Verhältniß regulirt, und sodann Regeln daraus abstrahirt, von welchen unser Codex keine reine Sylbe enthält. — Dieser Modifikationen oder Verstümmelungen der Praxis insbesondere und im Detaile zu erwähnen, finde ich indessen aus dem Grunde überflüssig, weil ich durch das Nachfolgende den völligen Ungrund der ganzen Ansicht ohnehin vor Augen legen werde.

Zweiter Absatz.

Erläuterung der gegebenen Ansicht.

Was zur Entwicklung und Erstarkung der in den baierischen Gerichts-Höfen herr-

„und des Wochenbettes und erfüllt die übrigen in dem dritten Hauptstücke des ersten Theiles festgesetzten Vaterspflichten.

Hierin ist also keine Sylbe von einer sogenannten Dotationspflicht des Schwängerers enthalten; wobei noch zu bemerken ist, daß der Verbindlichkeiten des Schwängerers eben in dem Kapitel, wo vom Schadens-Ersaze gehandelt wird, gedacht ist, an derselben Stelle, wo auch die baierischen Geseze das Rechtliche über diesen Punkt verfügen. — Eine sehr auffallende, sehr merkwürdige Uebereinstimmung!

schenden Ansicht nicht wenig mochte beigetragen haben, ist auſser der berührten communis opinio der Praktiker, die Autorität des Freiherrn von Kreitmaier, auf den man sich in Praxi überhaupt, zwar mit gegründeter, jedoch, wie es scheint, mit etwas zu viel Zuversicht beruft.

Kreitmaier äufsert sich nämlich in seinen Annotationen zum Cod. civ. p. 4. cap. 16. §. 6. Nro. 2: dafs zwar der Rechtsgrundsatz: *volenti non fit injuria* allerdings gelte, und folglich dann, wenn der Beschädigte in die Beschädigung eingewilliget hat, *ex lege aquilia* nicht geklagt werden könne, dafs es aber in *damno pudicitiae* ein Anderes wäre, weil hierüber „niemand ein vollkommener Freiherr sei.“

Dagegen finde ich mich nun veranlaſst, Folgendes zu erinnern:

1) Dafs es nicht wahr sei, wenn Kreitmaier die aufser eheliche Begattung unter jene Dinge rechnet, worüber keine Dispositionsfreiheit vergönnt ist.

2) Dafs, wenn man auch in die fleischliche Vermischung nicht einwilligen dürfte, wenn man auch über den Gebrauch seiner Geschlechts-Theile keine Dispositionsfähigkeit hätte, man dennoch auf Genugthuung und Entschädigung nicht klagen könne, und der Saz bestehe: „volenti non fit injuria.“

3) Dafs die gedachte Ansicht durch die Konsequenz aus allgemeinen Rechts-Grundsätzen verstärkt werde.

4) Dafs die Kreitmaierischen Anmerkungen nicht Gesezes - Kraft haben.

5) Dafs, wenn auch die Kreitmaierischen Anmerkungen zum baierischen Zivil-Gesezbuche Gesezes-Kraft äufserten, dennoch durch spätere Geseze ihre Bestimmung aufgehoben wäre.

Erster Unterabsatz.

Gehört die außereheliche Begattung überhaupt zu jenen Gegenständen worüber man nicht einwilligen kann?

Es ist hier nicht die Frage, ob irgend ein Mädchen in den Vollzug des Beischlafes (schlechthin) einwilligen könne — es fragt sich nicht, um die physische Möglichkeit einer faktischen Einwilligung; denn diese zu läugnen wird niemanden einfallen. — Es ist die Frage: ob ein Frauenzimmer darein willigen dürfe — von der moralischen Möglichkeit einer problematischen Einwilligung ist hier die Rede, und zwar wieder nicht so fast davon, ob ein Mädchen in den Beischlaf einwilligen kann und darf, als vielmehr darum, ob der Gegentheil aus solcher Einwilligung Rechte ableiten könne.

Jene Theorie, welche lehrt, daß man nicht einwilligen könne z. B. in Körper-Verletzung oder Tödtung durch andere etc. ist unrichtig, verrückt den geraden Standpunkt, und bringt alles in Verwirrung. Sie

hat zwar nicht unrecht, wenn sie die Moral vor Augen hat, und als Sittenlehre auftritt, aber unrecht, wenn sie als Rechtslehre erscheint. Denn, von dem Gesichtspunkte des Juristen ausgegangen, muß man behaupten, daß jeder alles könne, wodurch er die Rechte seines Nebenbürgers nicht beeinträchtigt; nun aber kann man nicht widersprechen, daß man durch vorgedachte Einwilligung niemanden in seinen Rechts-Verhältnissen störe (kriminalistisch nämlich) und die Folge zieht sich sodann von selbst. Der Kriminalist straft eben desswegen auch nicht den Versuch des Selbstmordes oder eigene Verstümmelung, d. h. er räumt dem Menschen freies Dispositionsrecht über seinen Leib und sein Leben ein, und widerspricht sich daher selbst, wenn er dessenungeachtet den juristisch falschen, wiewohl vielleicht moralisch wahren Satz aufstellt: Kein Mensch darf erlauben, daß man ihn tödte oder verstümmle, — und sodann vielleicht hieraus die Strafbarkeit einer Beschädigung ableitet, in welche der Beschädigte eingewilliget hat. Denn das Recht

sagt nichts anders, als: Laß du nur andere ungekränkt, und thue übrigens was du willst. Was ich nun aber selbst ungestraft thun darf, das kann ich ja mittelbar auch durch andere thun lassen! — Wohl erscheint derjenige, welcher nach solcher Erlaubniß etwa tödtet, oder verletzt, nichts destoweniger kriminalisch strafbar, weil durch solche Erlaubniß niemand aufhört, Selbstzwek zu sein, das Recht in seinem obersten Grundsatz gebietet, jeden Menschen als Selbstzwek äußerlich anzuerkennen und darnach zu handeln, und mithin eine solche vorerlaubte Beschädigung jederzeit als Rechts-Verletzung erscheint; allein gewiß nicht aus jenem Grunde der Dispositions-Unfähigkeit über sich selbst; weil sonst, wie gesagt, auch der Versuch des Selbstmordes etc. gestraft werden müßte.

Nach dieser Vorerinnerung erkläre ich denn: daß man allerdings das Recht habe, den Beischlaf mit einem Mädchen, welches gegen dieses Unternehmen nichts erinnert, oder ausdrücklich darein gewilliget hat, zu vollziehen. Denn es liegt in den Zwecken

der Schöpfung, das Menschengeschlecht fortzupflanzen. Der Mensch, als Vernunftwesen, wird sich dieses Zwekes bewußt, und die Nothwendigkeit wird ihm nun zur Pflicht und zugleich Beschränkung nach zweckmäßigkeit. Daher:

Begatte dich, aber nur in so fern du Erzeugung zu erzielen vermagst, und nie ohne diese Absicht!

Mehreres ist dem Menschen durch die Vernunft nicht geboten. Die Ehe also ist kein unmittelbares Postulat derselben, und somit ist der außereheliche Beischlaf unter der gedachten Beschränkung nicht unvernünftig, eben darum auch nicht unsittlich, und noch weniger widerrechtlich. *)

Die selbstständige Würde des Menschen leidet durch außereheliche Beschlafung nicht im mindesten; weil es des Weibes Bestimmung ist, Kinder zu gebären, mithin durch die Befruchtung dessen Menschheit so wenig beeinträchtigt wird, daß vielmehr das

*) Ich rede hier von der Begattung in abstrakto mit Hinwegsehung von jedem positiven Staate, jeder bürgerlichen Verbindung.

gerade Gegentheil vorliegt. Jeder Mensch darf nicht nur, er soll seine Gliedmassen nach ihrer natürlichen Bestimmung gebrauchen. Wer daher seinen Mitmenschen nach dieser seiner Bestimmung behandelt, der faßt ihn ja ipso facto — positiv — als Selbstzweck auf, und ist daher weit entfernt gegen das Unrecht des Menschen — dessen Persönlichkeit, Selbstständigkeit, unmittelbare Würde, (Selbstzweck) — anzu stoßen.

Ich füge hiezu nur noch die Bemerkung daſs, was man überhaupt und unmittelbar nicht darf, auch nicht mittelbar, oder mittelst einer willkührlichen Verbindung erlaubt werden könne; daſs, wenn man die Zeugung der Kinder in den Begriff der Ehe aufnimmt, man schon vorausseze, die Begattung sei wechselseitig moralisch möglich und rechtlich, daſs man sich also ohne hin widerspreche, und sich in so ferne irre, als man glaubt, nur in der Ehe wäre eine menschenwürdige Erzeugung möglich; nichts zu erwähnen davon, daſs man hiebei ohne hin ganz offenbar im Moralischen ver-

siret, und das Rechtsgebiet als das hier allein zu berücksichtigende, verlassen hat.

Zweiter Unterabsatz.

Kann ein gesetzliches Verbot des außerehelichen Beischlafes hieran etwas ändern?

Man wird es etwas sonderbar gefunden, und sich wohl schwerlich von dem Vorwurfe enthalten haben, daß ich zu weit gehe, wenn ich im zweiten Absatze geradezu behaupte: die Gesetzesstelle in Cod. civ. p. 4. cap. 16. §. 6. Nro. 6. spreche überhaupt von besondern Fällen der fleischlichen Vergehungen; die Praxis schlechthin tadelte, daß sie der gerügten Interpretazion den Eingang gewährte, und daß ich damit nicht undeutlich zu verstehen gab: die sogenannte Satisfaktions- oder Deflorazions-Forderung der geschwängerten Mädchen sei nie gesetzlich begründet gewesen, und habe lediglich nur durch die irrige Ansicht der baierischen Praxis Ansehen erhalten. —

Hinweisend auf die ehemals bestandenen Fornikazions-Strafen, und den ältern baierischen Kriminal-Kodex. 1 Th. cap. 4. §. 1. ff. wird man mich eines Bessern belehren wollen, und sagen: es komme nicht darauf an, ob nach dem Naturrechte eine Satisfaktions-Forderung geschwängerter Mädchen gerechtfertiget werden könne, oder nicht; darum frage es sich, ob die positiven (nun die baierischen) Gesetze eine Einwilligung in den außerehelichen Beischlaf möglich achten, oder zugeben, und dafür, sagt man, müsse die Antwort immerhin verneinend ausfallen. Denn in den allegirten Gesetzesstellen stehe es ja ausdrücklich, daß der außereheliche Beischlaf verboten sei und bestraft werde. Was verboten ist, das stehe nicht in der Willkühr des Privaten, darüber könne also auch niemand einwilligen, und der Satz: *volenti non fit injuria* falle demnach ohnehin weg; so daß Kreitmaiers Ansicht gerechtfertiget, und hiemit auch die Praxis, die selbige bei ihren Entscheidungen zum Grunde legte, wenigstens für die Vergangenheit, entschuldiget sei.

Die Verlegenheit, worin wir uns, wie es scheint, befinden, verschwindet sogleich, wenn man die Sache unbefangen und gründlich würdigt; wenn man unterscheidet, was zu unterscheiden ist, und trennt den kriminellen Gesichtspunkt von dem privatrechtlichen. Es ist nun zwar eine ausgemachte Wahrheit, daß der außereheliche Beischlaf nach dem frühern bayerischen Strafrechte in der Dispositions-Freiheit der Privaten in so ferne nicht gewesen ist, daß die Strafe des andern Theiles durch die gegentheilige Einwilligung selbst gemildert oder aufgehoben worden wäre; allein daraus folgt ja noch keineswegs, daß eine solche Statt gehabte Einwilligung auf die hieraus zu fordernde Entschädigung nicht einen bedeutenden Einfluß äußere. Schadensersatz ist ja immer ein vom Kriminalrechte wesentlich verschiedener Punkt, gehört rein ins Privatrecht, und was in jenem gilt, das läßt sich nicht anwenden auf die dem Letztern angehörigen Gegenstände. Vielmehr muß man gestehen, daß hiefür rein privatrechtliche Bestimmungen in

Anwendung kommen, gestehen also, daß der Entschädigungs-Punkt, als gar nicht in Berührung stehend mit dem Kriminalrechte, auch nicht in den Bestimmungen desselben enthalten, in dessen Verboten nicht mit inbegriffen sei.

Als Belege dieses Sazes führe ich an:

Das neue baierische Strafrecht

Th. I. Art. 1.

Anmerk. hiez zu B. I. S. 65.

dann die ebengedachten Anmerkungen zum Artikel 214. I. §. 10. B. II. S. 110.

Ferner: neues baierisches Strafgesetzbuch, Th. II. Artikel 6. 7. §. 2.

In diesen Gesezesstellen ist nicht nur ausdrücklich enthalten, und gründlich erörtert, daß der Entschädigungs-Punkt nach rein privatrechtlichen Gesichtspunkten zu beurtheilen sei, und mit den Strafgeboten nicht verwirrt werden dürfe; sondern es heisst darin auch namentlich, daß dieser Umstand der Willkühr des Beschädigten völlig anheim gegeben sei, wiewohl dessen Benehmen, indem er vielleicht seine Forde-

rung fahren läßt, nicht eingingt oder ausdrücklich herschenket, eben wegen der Verschiedenartigkeit der Gegenstände und des Gesichtspunktes, auf die Bestrafung des Verbrechens oder Vergehens selbst keinen Einfluß äußert.

Wenn nun ein Mädchen faktisch in den Beischlaf williget, so kann es dieses (gesetzlich *) zwar nicht in Bezug auf die Strafe, welche auch den Schwängerer nach den ältern Strafgesetzbuche getroffen hätte, aber es kann dieses in Bezug auf den Schaden, der ihm (dem Mädchen) vielleicht durch Schwängerung zugeht, in Beziehung, sage ich, auf den Schadensersatz. Indem es den Beischlaf auf solche Weise unbedingt bewilliget, williget es — mit der Ursache die Wirkung setzend — nothwendig auch in die Schwängerung, hiemit in die Folge — den allenfallsigen Schaden — und verzichtet also ipso facto auf alle Satisfaktion.

Diese faktisch nicht zu widersprechen-

*) Man erinnere sich, was über diese Einwilligung im ersten Unterabsatze gesagt wurde.

de Wirklichkeit einer solchen Einwilligung geht daher ersichtlich auf zwei wesentlich von einander verschiedene Punkte, geht in zwei Richtungen auseinander, und umfaßt zwei besondere Gegenstände menschlich möglicher Einstimmung. Sie ist daher zugleich gültig und ungültig. Dieses — in Bezug auf die Strafbarkeit des verbotenen Aktes; jenes — in Bezug auf den privatrechtlichen Gesichtspunkt des hieraus entspringenden Schadens. In Beziehung auf den Leztern hat daher ein geschwängertes Mädchen offenbar keine rechtlich gültige Forderung; eben weil es gegen solche Beschädigung (gegen das den Schaden begründende — das schädliche — Faktum) nichts eingewendet, folglich konkludenter und faktisch darein gewilliget hat, et

Volenti non fit injuria.

Dritter Unterabsatz.

Allgemeine Rechts-Grundsätze bestätigen die aufgestellte Ansicht.

Das gesetzliche Verbot des außerehelichen Beischlafes hebt nicht nur den Rechts-Satz vol. n. f. inj. nicht auf, und schadet sohin unserer Ansicht keineswegs; selbiges macht diese fragliche Forderung auch noch aus einem andern Grunde unmöglich.

Ich bekenne nämlich, dafs es gerade diese gesetzliche Bestimmung sei, welche mich hauptsächlich veranlafst hat, die fragliche Zivil-Gesezesstelle in dieser unbedingten Einschränkung, und so zu interpretiren, wie es wirklich von mir geschehen ist. Denn wie könnte das Gesez eine Handlung, die es bei Strafe verbietet, als eine Quelle von Rechten betrachten, welche derjenige erlanget, der sich derselben, dieser verbotenen Handlung, schuldig gemacht hat! wie könnte das Gesez eine Handlung einerseits verpönen, und

andererseits aus deren Begehung Vorthteile ableiten, welche nach Umständen nicht selten um ein Bedeuteudes gröfser wären, als die verhängten Nachtheile, und eben darum zugewendet würden, um die lezteren zu balanziren! das hiefse ja auf der einen Seite strafen, und auf der andern die Strafe wieder aufheben, — hiefse einen Widerpruch begehen. — Eine strafbare, rechtswidrige Handlung charakterisirt sich ja eben dadurch; dafs sie wohl Verbindlichkeiten, aber keine Rechts-Ansprüche des Handelnden erzeugt.

Uebrigens sagen auch die baierischen Geseze im vierten Theile, ersten Kapitel §. 1. 16. Nro. 1. und §. 17. Nro. 2, dafs ein Vertrag über etwas gesezlich Unmögliches *)

*) Darunter gehört der außereheliche Beischlaf nicht nur weil er früher krimminalisch verboten war, sondern überhaupt in jedem Staate, wo zum Zweke der Kinderzeugung und Kindererziehung das Institut der Ehe eingeführt ist; denn in solchem Falle stofst der außereheliche Beischlaf gegen die bürgerliche Ordnung, die Ehrbarkeit und die guten Sitten, und was dagegen anstofst, das ist nach den allegirten Gesezes-Stellen „legal unmöglich.“

keinen Theil binden könne. Es erhellet daher hieraus, dafs, wenn der eine Kontrahent seines Theils das Versprochene leistet, er dessenungeachtet die von seinem Mitkontrahenten ihm zugesicherte Vergeltung nicht fordern könne. Das Gesez sagt, dafs man im Falle einer Schändlichkeit sogar das ausdrücklich Bedungene nicht zu leisten schuldig sei, verordnet also eo ipso und noch weit mehr, dafs man dann keine Entschädigung geben dürfe, wenn man keine versprochen hat. — Dafs man um versprochenen aber nicht gegebenen Hurenlohn nicht belangt, der gegebene aber nicht wieder zurückgefordert werden könne, ist ja eine bekannte Sache. *) — Die Ursache von Beidem ist die Schändlichkeit des Vertrages, und so wenig man daher hierum angeklagt werden kann, so wenig kann man wegen versprochener, noch weniger also wegen nicht versprochener Entschädigung angefordert werden; weil auch diese For-

*) Cod. civ. p. 4. cap. 13. §. 8. — überhaupt ist dieser ganze Paragraph für den vorliegenden Zweck sehr merkwürdig.

derung auf demselben (gesezlich) unehrbar-
ren — unmöglichen — Fundamente be-
ruht; weil, sage ich, dieses Fundament eine
Handlung ist, welche — vom Geseze ver-
boten — d. i. gesezlich unmöglich — als
Rechtsgrund unmöglich — einseitig
durch den Mann allein nicht ausgeübt wer-
den kann, immer also Resultat der beider-
seitig gemeinschaftlichen Thätigkeit
ist, wobei der eine Theil so schuldig wie
der andere erscheint; so dafs man demnach,
sich darauf berufend, immerhin auf eigene
Schuld sich beriefe, aus eigener Schuld
Rechte ableiten würde, was unsinnig wäre.
Der entstehende Schaden ist jederzeit Folge
der eigenen Thätigkeit des Weibes; immer
hin also hat es sich selbst den Schaden
zugefügt (ich rede nicht von Nothzucht oder
unfreiwilliger Unzucht) und es kann daher
auch wegen dieser eigenen Beschädigung — die
lex aquilia fordert Schaden durch andere —
nicht Entschädigung fordern von andern. —
Kurz in allen den Fällen, da man sich eige-
ne Schändlichkeit vorzuwerfen hat, kann
man gegen die Mitschuldigen mit einer aus

der schändlichen Handlung unmittelbar oder mittelbar entspringenden Forderung mit Erfolg nicht auftreten.

L. 12. §. 1. D. de furtis (47. 2.)

„nemo de improbitate sua consequitur actionem.“

und die Glosse zu L. 154 D. de regulis juris (50. 17.)

„nemini datur actio nisi ex honesta causa.“ *)

7 *

*) Aus diesem Gesichtspunkte möchte der Durchgriff des napoléonischen Gesetzbuches wohl einigermaßen entschuldigt, wiewohl nicht gerechtfertigt werden können. —

Meine eigentliche Ansicht und Ueberzeugung in dieser Sache ist folgende:

Nach strengem Rechte kann der außerehelich geschwängerten Mutter weder gestattet werden auf Vaterschaft zu klagen, noch überhaupt etwas Gültiges darüber zu deponiren, mithin ihr auch nicht gestattet werden, darauf zu schwören. Denn

wiewohl die Mutter durch die Paternitäts-Klage im engsten Sinne nicht so fast in ihrem als vielmehr in des Kindes Namen auftritt; so ist und bleibt der Rechtsgrund, worauf sie ihre Klage stützt, doch immerhin die außerehelich erlittene Schwängerung, mithin ein inhonestum, eine improbitas. Sie stützt sich sonach in jedem Falle auf einen — unmöglichen — Rechtsgrund, also — auf einen Widerspruch; — weil

Da nun die außereheliche Begattung in frühern Zeiten gesezlich verboten war; da sie ferner, nachdem nunmehr dieses Verbot aufgehoben ist, immerhin doch zu den gesezlich unehrbaren — mithin unmögli-

nemini datur actio nisi ex honesta causa, und nemo de improbitate sua consequitur actionem.

Aus demselben Grunde ist sie auch schlechthin unfähig, überhaupt etwas Rechtsgültiges über dasjenige zu äußern, was auf ihre Schwängerung irgend einen Bezug hat. Alle ihre dießfallsigen Angaben sind nach der Konsequenz und den strengen Rechtsgrundsätzen untüchtig etwas zu beweisen, weil sie theils als deponentin in eigener Sache anzusehen ist, theils auch jeder Gezeuge, in so ferne er die eigene Schändlichkeit bekennt, als ein untüchtiger erscheint.

S. den jüngsten Reichs-Abschied vom Jahre 1654. §. 53.

Sollte man denn also die Last der Erziehung und Ernährung der außerehelich gebornen Kinder allein nur auf die unglückliche Mutter wälzen? Sollte man denn den Schwängerer in allen Fällen, da er nicht freiwillig zu angemessenen Beiträgen sich versteht, lossprechen von aller Verbindlichkeit?

Ich antwortete hierauf ein festes: Nein, seze aber dem so Fragenden zugleich eine andere Frage entgegen? Kann man von anerkannten Rechtsgrundsätzen zum Vortheile einzelner Personen abweichen, ohne die Gleichheit der Staats-Bürger vor dem Geseze aufzuheben? Kann man es, ohne dem Zwecke alles Rechts (eben dieser Gleichheit) und hiemit dem Rechte selbst zu widersprechen? Kann man in jure inkonse-

chen — Handlungen aus dem Grunde gehört, weil der Staat das Naturrecht dahin modifizierte, daß er zum Zwecke der Kinderzeugung das Institut der Ehe bestimmt sanktionirte und einsetzte; da Ausnahmen von

quent werden, ohne zugleich eine Ungerechtigkeit zu begehen?

Hiedurch wird jedoch das unbedingte Verbot des napoléonischen Gesetzbuches noch keineswegs gerechtfertiget, denn in jenen Fällen, da es dem Staatsbürger physisch oder moralisch unmöglich ist, seine Rechte in eigener Person zu verfolgen, liegt es in den Pflichten des Staates, dafür zu sorgen, daß ein anderer ihn vertrete, und seine Gerechtsame wahre. Der Staat ist daher verbunden, um das neugeborne, unschuldige Kind sich anzunehmen, und ihm — wenn nicht einen Vater — doch einen Vormund zu geben. Dieser habe dann vor allem die Verbindlichkeit auf sich, den eigentlichen rechtmässigen Vater auszumitteln, und die Rechte seines Mündels gegen denselben im Rechtswege zu verfolgen. Wird dieses, zumal wenn man die Mutter hiebei gänzlich aus dem Spiele läßt, in den meisten Fällen eine schwierige Aufgabe sein, die Schwierigkeit vorzüglich auch dadurch um ein Bedeutendes sich mehren, weil sodann die Ergänzung des Beweises durch den Erfüllungs-Eid für immer unmöglich werden müßte; so rechtfertigt ja diese Schwierigkeit noch nicht das Begehen einer Ungerechtigkeit, rechtfertiget weder, von den allgemeinen und ersten Rechtsgrundsätzen abzugehen, noch auch, der juristischen Gewissheit das mindeste hiebei zu vergeben.

Die offizielle Bestellung eines Vormundes für jedes

allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht vermuthet werden, sondern ausdrücklich als solche ausgezeichnet sein müssen; unser Zivilgesetzbuch aber so weit entfernt ist, eine solche Ausnahme zu machen, daß es viel-

aufserehelich geborne Kind scheint um so dringender, als die äußeren Verhältnisse der aufserehelichen Aeltern in der Regel so beschaffen sind, daß sie nur höchst selten für eine zweckmäßige Erziehung ihres Kindes sorgen können, noch seltener aber dafür gehörig und pflichtmäßig sorgen wollen. Denn da die Aeltern bei der Begattung (in der Regel) den Vernunftzwek — die Erzeugung — nicht vor Augen haben; so ist ihnen die Schwängerung immerhin ein verwünschtes Unglück, das erzeugte Kind ist ihnen ein Dorn im Auge, es hindert, es genirt sie überall und allenthalben.

Wie sollte aber daneben innige Liebe Statt haben, wie sollte man dasjenige lieben, dem zugethan sein können, was man verwünscht! — — Welche Behandlungs- und Erziehungsweise wird nun hienach konsequent eintreten müssen? Möchte die tägliche Erfahrung die Antwort nicht so unwidersprechlich vor Augen legen! — Ausnahmen, schöne, erfreuliche Ausnahmen gibt es allerdings. Aber dieß sind halt nur — Ausnahmen. —

Wenn ich in der ersten Abtheilung darauf drang, daß man der Mutter auferlege, die Paternität zu beschwören, gegenwärtig aber ohne weiters die Mutter ausschliesse von jeder gerichtlichen Handlung; so ist dieß keineswegs ein Widerspruch; denn dort — in der ersten Abtheilung — handelte es sich um die nähere Beleuchtung des baierischen Paternitäts-Gesezes,

mehr durch die spezielle Bestimmung, — durch Ort und Stelle, Ausdruck und Zusammenhang derselben — das Allgemeine bestätigt, und aus diesen allgemeinen Rechtsprinzipien ein Resultat hervorgeht, welches mit der von mir versuchten natürlichen Erklärung der hieher einschlägigen Gesezesstelle vollkommen übereinstimmt; da endlich diese Stelle in Beziehung auf die früher gegoltenen Krimminalgeseze über diesen Gegenstand und ganz gewiß so erklärt werden muß, wie sie neben denselben vernünftig bestehen kann, und eine Interpretation, wodurch ein Widerspruch mit anderen bestehenden gleichzeitigen Gesezen, oder gar gegen die ersten Rechts-Grundsätze hervor- kömmt, immerhin zum allerwenigsten levis

es fragte sich darum, wie die Sache dann anzufassen sei, wenn die Geseze, wie dieß nach b. R. der Fall ist, der Mutter überhaupt erlauben, vor Gericht aufzutreten und aus dem Grunde erlittener Schwängerung zu klagen; hier aber sollte gezeigt werden die Konsequenz des Grundsazes: *nemo consequitur actionem nisi ex honesta causa etc.* Hier sollte der napoléon'sche Durchgriff juristisch gewürdigt, das Wahre, wie das Irrige an demselben unbefangen gezeigt werden.

notae maculam an sich trägt: so dürfte die von mir gegebene Ansicht der sogenannten Deflorationsgebühr wohl die allein richtige, und schwerlich einzusehen sein, wie man gegen die Bestimmungen des Naturrechtes, gegen die allgemeinen Rechts-Grundsätze und gegen die speziellen Geseze dahin kommen konnte, eine so klare Stelle so schief anzuwenden, und das so allgemein, dafs man bis zur Stunde die natürliche, allein richtige und gar keinem Widerspruche unterliegende Ansicht, nicht einmal geahnt zu haben scheint.

Trotz der gemeinen Meinung erhellet also: dafs ungeachtet der ehemaligen Fornikations-Strafen eine Genugthuung wegen vorgängiger Schwängerung nur dann gefordert werden könne, wenn sich auf Nothzucht oder auf unfreiwillige Unzucht berufen werden kann; es erhellet, dafs trotz der ehemaligen Verzönung des außerehelichen Beischlafes, die erwähnte Stelle des baierischen Zivil-Gesezbuches nur auf die genannten Fälle von je und allezeit hätte eingeschränkt werden sollen; dafs also die frühern Strafbestimmungen über diesen Gegenstand an

den Folgesätzen aus dem Axiome: *volenti non fit injuria* in dem vorliegenden Rechts - Verhältnisse nicht das Geringste ändern — *id quod erat demonstrandum.* *) —

*) Wem an dem Gesagten nicht genügt, den verweise ich zum Ueberflusse auch noch auf folgende Stellen des römischen Rechtes

L. 154 D. de reg. j. (50. 17.)

Cum par delictum est duorum semper oneratur petitor et melior habetur possessoris causa, sicut sit, cum de dolo excipitur, petitoris, neque enim datur talis replicatio petitori, aut si rei quoque in ea re dolo actum sit.

§. 1. Illi debet permitti poenam petere, qui in ipsam non incidit.

L. 76. §. 1. D. de furtis (47. 2.)

Nam licet, intersit fueris, rem salvam esse, quia conditione tenetur, tamen cum eo is, cujus interest, furti habet actionem, si honesta ex causa interest.

L. 11. eod.

Tum is, cujus interest, furti habet actionem, si honesta causa interest.

L. 36 D. de dolo malo. (4. 3.)

Si dolo malo fecerint invicem, de dolo non agent.

L. 57. §. 3. D. de contrah. emt. (18. 1.)

Quod si uterque sciebat, et emtor et venditor, domum esse exustam totam vel ex parte: nihil actum fuisse, dolo inter utramque partem compensando.

Nicht minder per consequentiam,

L. 34. §. 3. eod.

L. 6. §. 3.

Vierter Unterabsatz.

Ueber die Kraft und Gültigkeit der Kreitmaierischen Anmerkungen.

Freilich, wenn die Kreitmaierischen Anmerkungen Gesetzeskraft hätten, dann wäre es wohl schwerlich einem Zweifel unterworfen, daß man wegen aller und jeder aufserordentlichen Schwängerung um Satisfaktion belangt werden könnte; allein solches kann nicht behauptet werden, weil sie nirgends als Gesetzeskraft äussernd promulgirt worden sind. Die kreitmaierischen Annotazionen haben daher auch keine andere Wirkung, als jedes andere Werk eines Privat-Schriftstellers, jede Privat-Ansicht eines Gelehrten. Ihre Stimme entscheidet also in dieser Sache gar nichts;

L. 22. §. 6. princ. D. mandati, vel contra (17. 1.)

L. 35. pr. §. 1. D. de verb. oblig. (45. 1.)

so wie überhaupt alle jene Bestimmungen, welche über den Kauf einer wissentlich fremden Sache, über die Evikzion derselben etc. gegeben sind; wovon sich die Analogie ohnehin sehr leicht durchführen läßt.

Cod. civ. p. 1. cap. 2. §. 14. Nro. 2.
und zwar um so weniger, als durch neuere
Geseze die Differenz entschieden, und alle
Schwierigkeit gehoben worden ist.

F ü n f t e r U n t e r a b s a z .

Neueres Recht.

Diese neuern Geseze bestimmen nun
ausdrücklich, dafs man das Moralische von
dem Rechtlichen immer wohl trennen
müsse, und lehren, dafs, was vielleicht mo-
ralisch unerlaubt ist, rechtlich gleich-
gültig sein könne, d. h. keine rechtli-
chen Folgen, keine Rechts-Verbind-
lichkeit (Zwangs-Verbindlichkeit) gegen
andere, sondern nur Sünde erzeuge. Na-
mentlich rechnen die neuen baierischen Straf-
geseze unter andern die Unzucht (aufser-
ehelichen Beischlaf) zu jenen Handlungen,
welche nur Sünde aber nicht rechtswi-
drig sind, und eben daher keine Rechte
und Verbindlichkeiten an und für sich
erzeugen können.

Das baierische Strafrecht zeichnet nur drei Fälle der Unzucht oder des aufserhehlichen Beischlafes besonders als verboten, rechtswidrig und strafbar aus: nämlich die Nothzucht, die unfreiwillige Unzucht und den Beischlaf nach vorgängiger Verführung durch ein Eheversprechen,

B. Strafges. B. I. Th. Art. 186 — 191.

— — — — — Art. 375 — 378.

und zwar in der Art, daß nur unmittelbarer Zwang, und Erregung oder Benützung eines Zustandes, worin überhaupt keine Willensfreiheit denkbar — faktisch möglich — ist, z. B. Sinnenbetäubung, Ohnmacht, Wahnsinn etc. als unfreiwillig genannt sind, mithin im Uebrigen der Beischlaf selbst in die freie Willkühr eines jeden heimgegeben ist.

Unfreiwillig ist der aufserhehliche Beischlaf nur dann, wenn er erzwungen, oder an einer Person verübt wird, welche in einem Zustande sich befindet, der alle Willensfreiheit ausschließt; freiwillig also sobald weder das erste, noch das zweite

dieser gesetzlichen Erfordernisse vorhanden ist; freiwillig also, sage ich, der außereheliche Beischlaf, wie er täglich vorkömmt, und die gewöhnliche Paternitätsklage begründet, — der Beischlaf, von dem in dieser Abhandlung die Rede ist.

Vorzüglich wichtig in dieser Beziehung ist dasjenige, was die Anmerkungen zum neuen baier. Strafgesetzbuche hierüber sagen.

Im ersten Theile Einl. §. 9. wird die Gränze zwischen dem Moral- und dem Rechtsgebiete abgestekt, und zu dessen Behufe geäußert: daßs der Jurist es nur mit Rechts-Verletzungen und deren Ausgleichung zu thun habe, sich nicht mengen sollte in das Feld des Moralischen, das ihn als Juristen nichts angeht.

Weiter unten, S. 59 — 60 nämlich, wird nicht allein von dem „freiwilligen Beischlaffe“ ausdrücklich gesprochen, sondern derselbe auch insbesondere zu den außerjuristischen Handlungen, zu jenen gerechnet, welche, der Moralität eines jeden Einzelnen überlassen, keine Rechtsverletzung

begründen. — Gut — wenn keine Rechtsverletzung hiebei Statt hat, wodurch soll denn eine Entschädigungs-Klage begründet werden? — zumal ex lege aquilia? —

Bei einer gelegenheitlichen Aeufserung dieser Ansicht begegnete mir die Einwendung: dafs diese Bestimmung des Kriminal-Rechts auf das Zivilistische keinen Einfluß äußern könne. Ich bekenne, dafs ich in der That nicht einsehe, wie man nur zu einem solchen Einwurfe kommen könne, oder was derselbe bedeuten sollte. Denn (abgesehen davon, dafs man sich somit immerhin auf eine Schändlichkeit beruft und solche als Rechtsfundament aufstellt) wenn die Anmerk. zum Strafrechte, welche nach dem, dem ersten Theile derselben vorangeschickten, Promulgations - Patente auch Gesetzes-Kraft haben, ausdrücklich und allgemein verordnen, dafs der Beischlaf — in so ferne derselbe jene gedachten beschwerenden Merkmale nicht an sich trage, — den Unterthanen frei stehe, wenn da ausgesprochen ist, dafs derselbe etwas schlechthin Mo-

ralisches*) sei, eine Rechts-Verletzung eben deswegen überhaupt gar nicht enthalte; wenn das Strafrecht ausdrücklich bestimmt, daß man in den Beischlaf willigen könne und dürfe; wenn die Zivilgeseze nirgends das Gegentheil enthalten; wenn man nicht läugnet, daß man aus einem Vorgange, den man durch freie Einwilligung selbst erzeugt hat, keine Entschädigung einklagen könne, und das Kriminalistische zu dem Zivilistischen sich verhält, wie der Grund zur Folge (unbeschadet demjenigen, was in dem vorstehenden zweiten Unterabsaze gesagt worden ist); — wie könnte dann noch obige Einwendung bestehen! —

Ausser diesem bereits Angeführten ist hiebei auch noch eine andere Bestimmung des neuen baierischen Strafgesezbuches im I. Th. Art. 375 und 376. Anm. 3. B. S. 225 226 sehr merkwürdig, und zu unserm Zwecke dienlich, die Bestimmung nämlich: daß

*) Im weitem Sinne umfaßt der Begriff: „das Moralische“ — das Moralische im engern Sinn und das Unmoralische.

derjenige, welcher ein Mädchen durch ein Eheversprechen zum Beischlaffe verführt hat, und sodann hinterher dieses sein Versprechen nicht erfüllet, mit Gefängnißstrafe belegt werden sollte. Es ist hier vom Gesichtspunkte der Untreue und des Betruges ausgegangen, hiedurch die Rechts-Verletzung und dann zugleich die Strafbarkeit einer solchen Verführung begründet worden. — Bekanntlich ist man geneigt in den Beischlaf ein faktisches Eheverlobniß hineinzulegen, und sodann hiernach die Verbindlichkeit des Schwängerers zur Ehelichung, oder dießfalls ihm obliegenden Entschädigung abzuleiten. Diese Ansicht, welche, weil sie durch (baierische) Geseze schlechterdings nicht belegt werden kann, ohnehin schon an und für sich als bloße Erfindung und Erdichtung der Praxis geradezu abgewiesen werden muß, erhält nun auch noch durch das klare ausdrückliche Gesez ihre Widerlegung. Denn da es nach der Natur der Sache und nach den Gesezen schlechthin einerlei ist, ob ich mich ausdrücklich oder durch zuverlässige (kon-

kludente) Thathandlungen zu irgend etwas verbinde; da aus einem stillschweigenden durch derlei zuverlässige Fakta eingegangenen Verträge dieselben Rechte entspringen, welche aus einem ausdrücklichen — angenommenen — Versprechen hervorgehen; da also, wenn jeder außereheliche Beischlaf ein faktisches Ehe-Verlöbniß, — also auch ein Eheversprechen — wäre, jeder nach gepflogenem Beischlaffe versuchte einseitige Rücktritt Untreue oder Betrug mit sich führte, und zwar um so mehr, wenn diese Annahme selbst die gesetzliche (eine aus dem Kriminal- oder Zivilrechte oder einer andern Rechtsquelle herrührende) wäre, in welchem Falle es sodann ohnehin völlig identisch sein müßte, ob jemand der Ehe noch obendrein ausdrücklich erwähnte, oder ob er dieses unterliesse, weil es ohnehin schon Jedermann wüßte, daß man durch fleischliche Beiwohnung die Verbindlichkeit zur Ehelichung übernehme, sohin das ausdrückliche Versprechen selbst überflüssig und unnütz würde: so hätten die Geseze (wenn solches gälte) alle und jede außereheli-

che Beiwohnung nach Art, wie dieß in den allegirten Artikeln enthalten ist, verpönnen müssen, und es erhellet demnach, da sie dieses nicht gethan haben, unwidersprechlich, daß eine solche Vermuthung oder Vorannahme in dem Sinne der Geseze ganz und gar nicht gelegen ist. *)

*) Ueberhaupt muß jede sogenannte *Conditio tacita* einen Umstand umfassen, welcher zum Wesen des fraglichen Sachverhältnisses nothwendig gehört. Dieß kann von dem Eheversprechen, als Merkmal des außerehelichen Beischlafes nicht behauptet werden. Die vernünftige menschenwürdige Begattung hat mit einem solchen Vertrage nicht den mindesten Zusammenhang weder für den Augenblick noch für die Zukunft. Es fehlt daher die innere Verbindung und hiemit auch die Bedingtheit.

Zudem hätten auch die Zivil-Geseze da wo von der Eingehung der Sponsalien, von der stillschweigenden Einwilligung der Kontrahenten und von den bei diesem Verhältnisse konkludenten Thathandlungen die Rede ist: (Cod. civ. p. 1. cap. 6. §. 2 und 3) dieser Wirkung des außerehelichen Beischlafes erwähnen müssen. Sie haben es nicht gethan, würden es aber gethan haben, wenn sie überhaupt eine solche dem Stuprator zugemuthete Verbindlichkeit hätten rechtfertigen oder einführen wollen.

Dritter Absatz.

Ungeschriebenes Recht.

Nach dem geschriebenen Rechte also läßt sich die Satisfaktions-Forderung aus vorgängiger, außerehelicher Schwängerung nicht vertheidigen, eben so wenig als sie nach natürlichem Rechte gegründet ist; es gibt aber außerdem auch noch ein sogenanntes ungeschriebenes Recht, und zwar Gewohnheits-Rechte und Gerichtspraxis; vielleicht daß hieraus für die unverehelichten Mädchen etwasersprießliches hervorgeht.

Eben so wenig, wie ich denke; denn was

a) das Gewohnheits-Recht betrifft; so begründet die Anwendung einer Gesetzesstelle durch die Richter, und die Meinung der Rechtsgelehrten, sei sie auch eine gemeine und durchaus gleiche, schlechter-

dings keine juristische Gewohnheit — nach Cod. civ. p. 1. cap. 2. §. 14. Nro. 2. *)

b) Gerichts - Praxis (res judicata durch den obersten Gerichtshof) begründet eben so wenig ein Gewohnheits - Recht, und nichts weiter als eine Usualinterpretazion. Wenn nun die Geseze cit. 1. Nro. 3 verordnen: dafs man alle Kontrarietät hierin vermeiden solle; so sezen sie doch sehr weislich bei, dafs „zweifelhafte“ Fälle zur Entscheidung vorliegen müssen; zweifelhafte Fälle oder Geseze, d. i. solche, die man eben so gut auf diese als auf andere Weise auslegen kann, da man für keine der verschiedenen möglichen Bedeutungen überwiegende Gründe hat, da man überhaupt nicht weifs, was das Gesez denn eigentlich wolle, und sich demnach eine eigentliche Ansicht gar nicht bilden läfst. Die Stelle erstreckt sich also nicht auf Fälle, welche durch so sonnenklare Bestimmungen,

*) Auch hierin möchten die Bestimmungen des Cod. civ. p. 4. cap. 1. §. 16. Nro. 1. Dann cap. 12. §. 8. Nro. 3. verglichen mit Cod. civ. p. 1. cap. 2. §. 15. Nro. 2. den entschiedensten Einfluss äufsern.

wie die in Cod. civ. p. 4. §. 16. Nro. 6 enthaltene ist, die eben ihrer Deutlichkeit und Natürlichkeit wegen scheint nicht zweideutig geworden — aber missverstanden worden zu sein, bestimmt entschieden sind; erstreckt sich nicht auf Geseze, welche nur Eine gründliche Auslegung zulassen.

Uebrigens sagen nicht nur die kreitmaierischen Anmerkungen, sondern auch L. 4. 13. Cod. de sentent. et interloc. (7. 45.) dafs eine solche Kontrarietät nur dann vermieden werden müsse, wenn die geschöpften Urtheile dem Geseze nicht widersprechen. Da nun bereits hinlänglich gezeigt worden ist, dafs die fragliche Gesezesstelle eine einzige vernünftige Auslegung zuläfst, dafs sie so klar und deutlich sei, dafs sie gar keiner Auslegung bedürfte, wenn nicht eine durchgängig allgemeine Praxis, welche dieser Gesezesstelle, weil man es sonderbar und unbegreiflich fand, warum die Geseze über einen Punkt, der sich ohnehin verstanden und aus den allgemeinen Rechtssätzen ergeben hätte, eine eigene Bestimmung geben wollten, eine schiefe Rich-

tung geben, und auf Fälle anwenden zu müssen glaubte, welche von dem in dem Geseze vorausgesetzten Falle himmelweit verschieden waren, eine Widerlegung und Zurechtweisung verdient hätte: so ist es auch über allen Zweifel erhoben; dafs ein Erkenntniß auf Genugthuung wegen außerehelicher Schwängerung auch hiernach nicht: also weder nach dem Naturrechte noch nach den positiven Gesezen — weder nach geschriebenen noch nach ungeschriebenen Rechten — gerechtfertiget werden könne.

Verbesserung der Drukfehler.

- S. 9. Z. 5. v. U. lies den statt der.
S. 16. Z. 2. v. O. — zugestehen statt zu gestehen.
S. 18. Z. 10. v. O. — Abwege statt Abwäge.
S. 22. Z. 10. v. U. — welchen statt welcher.
S. 26. Z. 1. v. O. — eminentem statt eminenten.
S. 30. Z. 5. v. O. — geschwängerte statt schwangere.
S. 34. Z. 10. v. O. — ferne statt Ferne.
S. 55. Z. 10. v. U. — lies nach dem Worte Prozesse ein ,
S. 57. Z. 8. v. U. streiche man nach dem Worte hat das , weg.
S. 58. Z. 1. v. U. lies ; statt ,
S. 65. Z. 4. v. O. — derselbe statt dieselbe.
S. 67. Z. 1. v. O. — nach Herzen ein ,
S. 73. Z. 8. v. U. — nach befördern ein ,
ibid. Z. 6. v. U. — nach hat ein ,
S. 76. Z. 4. v. U. — nach Verbindlichkeit ein ,
S. 78. Z. 13. v. O. — nach Weise ein ,
S. 80. Z. 13. v. U. — nach diejenigen ein , statt ein .
S. 82. Z. 2. v. O. — nach ist ein ,
S. 85. Z. 11. v. O. — nach nämlich ein ,
ibid. Z. 6. v. U. — nach wahren ein ,
S. 96. Z. 12. v. U. — nach Kapitel ein ,
S. 103. Z. 2. v. U. streiche das , nach dem Worte Wahre weg.
S. 104. Z. 6. v. U. — Verpönung statt Verzö- nung.
S. 105. Z. 6. v. O. — genügt statt genüt.
ibid. Z. 12. streiche nach dem Worte excipitur das , weg.

Minder erhebliche Drukfehler, wie die S. 12. Z. 9. v. O., dann Z. 10. v. O. Ferner S. 13. Z. 10. v. O. S. 35. Z. 3. v. O. S. 48. Z. 2. v. U. S. 69. Z. 2. v. U. S. 100. Z. 13. v. O. u. a., beliebe der gefällige Leser selbst zu verbessern.

[The page contains faint, illegible text, likely bleed-through from the reverse side.]

Schinner

Hofinger, Johann Georg.

Ueber widerrechtliche Begünstigung ausserehelich geschwängerter Maedchen
Eine Revision der baierischen Schwängerungsgesetze

Landshut 1817

Bavar. 1264

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10374635-1